Die gemischten Gesellschaftsverträge

Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
einer hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Eberhard-Karls-Universität Tübingen
vorgelegt von

Referendar Walter Meyer
aus Stuttgart

Winter 1925/26

Tag der mündlichen Prüfung: 12. März 1926

1926

J. Fink, Hofbuchdruckerei, Stuttgart

*11646

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern

gewidmet

Referent: Universitäts-Professor Dr. Kreller
Dekan: Universitäts-Professor Dr. Hegler

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung.

§ 1. Das Problem 7

Erster Hauptabschnitt: Allgemeiner Teil.

Erster Unterabschnitt: Das Wesen des Gesellschaftsvertrags

§ 2. Die personenrechtlichen Sätze der Gesellschaft 9

§ 3. Gesellschaft und Synallagma. Herrschende Meinung im römischen und heutigen Recht 10

§ 4. Gesellschaft und Synallagma. Ansichten gegen die herrschende Meinung vor Hoeniger 11

§ 5. Gesellschaft und Synallagma. Die Ansichten von Hoeniger und Schreiber 14

§ 6. Unsere Stellungnahme zu dem Problem: Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit 16

§ 7. Unsere Stellungnahme zu dem Problem Synallagma und Gesellschaft 19

Zweiter Unterabschnitt: Das Problem der gemischten Gesellschaftsverträge im allgemeinen.

§ 8. Die gesetzliche Regelung bei den synallagmatischen und bei den Gesellschaftsverträgen 26

§ 9. Das Problem der gemischten Verträge im allgemeinen und das Problem der gemischten Gesellschaftsverträge im besonderen 27

§ 10. Der Begriff der gemischten Verträge im allgemeinen und der Begriff der gemischten Gesellschaftsverträge im besonderen 34

§ 11. Die Stellung der gemischten Gesellschaftsverträge im System der gemischten Verträge 37

§ 12. Die Rechtsnormen über die gemischte Gesellschaft. Allgemeines 41

§ 13. Die Stellung der gemischten Gesellschaft im System der Gesellschaftsverträge 45

§ 14. Die Anwendung der Normen über die Gesellschaft auf die gemischte Gesellschaft 47

§ 15. Die Beitragsleistung bei der gemischten Gesellschaft . . . 49

§ 16. Die unentgeltliche Gesellschaft, insbesondere die unentgeltliche Mischgesellschaft 51

Zweiter Hauptabschnitt: Besonderer Teil.
§ 17. Einleitung 59
Erster Unterabschnitt: Entgeltliche Leistung eines Gegenstands quoad sortem als Beitrag.
§ 18. Allgemeines über die Verpflichtungen der Parteien. Die Form des Vertragsabschlusses 60
§ 19. Gefahrübertragung, Übergang der Nutzungen und Lasten 63
§ 20. Die Gewährleistungspflicht bei der Gesellschaft mit entgeltlichem Veräußerungsbeitrag 65
Zweiter Unterabschnitt: Unentgeltliche Leistung eines Gegenstands quoad sortem als Beitrag (Schenkungsbeitrag).
§ 21. 73
Dritter Unterabschnitt: Entgeltliche Leistung von Sachen und Rechten quoad usum als Beitrag.
§ 22. Allgemeines 77
§ 23. Der Vermieterbeitrag 78
§ 24. Der Verpächterbeitrag 85
Vierter Unterabschnitt: Unentgeltliche Leistung eines Gegenstands quoad usum als Beitrag (Verleiherbeitrag).
§ 25. 87
Fünfter Unterabschnitt: Entgeltliche und unentgeltliche Überlassung eines Werts auf Zeit als Beitrag (Darlehensbeitrag).
§ 26. 88
Sechster Unterabschnitt: Entgeltliche Leistung von Diensten als Beitrag für die Gesellschaft (Dienstbeitrag).
§ 27. 90
Siebenter Unterabschnitt: Entgeltliche Lieferung eines Werks als Beitrag (Unternehmerbeitrag).
§ 28. 92
Achter Unterabschnitt: Unentgeltliche Geschäftserledigung als Beitrag.
§ 29. 96
Neunter Unterabschnitt: Entgeltliche und unentgeltliche Verwahrerleistung als Beitrag.
§ 30. 96
Zehnter Unterabschnitt: Die ungleichartige Mischgesellschaft.
§ 31. 97

Literatur.

Affolter: Zur Lehre von der Gesellschaft. Arch. f. bürgl. Recht, Bd. 35 S. 225 ff. 1910.

Becker, Georg: Die grundsätzlichen Abweichungen des BGB. von den römischen Grundsätzen der societas. Diss. 1909.

v. Blociszewski: Vermengung von Vertragstypen. Dissertation 1905.

Cosack: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1. Aufl. Bd. II. 1900.

Crome: Die partiarischen Rechtsgeschäfte. 1897.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. II. 1902.

Dernburg: Die Schuldverhältnisse nach dem Recht des deutschen Reiches in Preußen. 1. und 2. Aufl. 1901; 3. und 4. Aufl. 1906 (zitiert ohne Auflagenzahl).

Düringer-Hachenburg: Handelsgesetzbuch. Bd. 4, 2. Aufl. 1917.

Ehrenberg: Artikel Gesellschaftsvertrag im Handwörterbuch der Staatswissenschaften. 1909.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I, 8. Aufl. 1903.

Engelmann: Das bürgerliche Recht Deutschlands. 3. Aufl. 1909.

Enneccerus: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 13.—14. Aufl., Bd. I, Abt. 2. 7. Bearbeitung. 1920.

Fränkel: Zwitterverträge. Diss. 1913.

Gierke: Deutsches Privatrecht. Bd. III. 1917.

Glück: Pandekten Bd. 15, 1816.

Goldmann-Lilienthal: Das bürgerliche Gesetzbuch systematisch dargestellt. Bd. I, Abt. 2. 2. Aufl. 1903.

Hellwig: Über die Grenzen der Vertragsmöglichkeit. Erlangen, Rektoratsrede 1893.

Hoeniger: Vorstudien zum Problem der gemischten Verträge. Diss. 1906 (zit. Hoeniger, Vorstudien).

Hoeniger: Untersuchungen zum Problem der gemischten Verträge Bd. I: Die gemischten Verträge in ihren Grundformen (zit. Hoeniger). 1910.

Jhering: Der Zweck im Recht, 1. Aufl. Bd. I. 1877.

Jörges: Zur Lehre vom Miteigentum und der Gesamten Hand nach deutschem Reichsrecht. Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 49 S. 140 ff. 1900.

Kersten: Die Bestimmungen über die gegenseitigen Verträge in ihrer Anwendung auf die Gesellschaft des BGB. Diss. 1914.

Klein, Peter: Untergang der Obligation durch Zweckerreichung 1905.

Knoke: Das Recht der Gesellschaft nach dem BGB. in Fischers Abhandlungen 1901.

Knoke: Z. H. R. Bd. 75 S. 420 ff. 1914.

Kohler: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. II, Abt. 1. 1906.

Kuntze, J. E.: Die Obligationen und die Singularsukzessionen des römischen und des heutigen Rechts 1856.

Lastig in Endemanns Handbuch des deutschen Handels- usw. Rechts Bd. I. S. 310 ff. 1881.

Lent: Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und im Zivilprozeß Bd. I. 1912.
Lotmar: Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reichs Bd. I, 1902.
Lammfromm: Teilung, Darlehen, Auflage und Tauschvertrag. Leipzig 1897.
v. Meerscheidt-Hüllessem: Gemischte Verträge und Verträge eigener Art. DJZ 1910, Zeile 54 ff.
Meyer, Kurt: Die Geltung der Bestimmungen über den gegenseitigen Vertrag im Gesellschaftsrecht des BGB. Diss. 1910.
Meyer, Rudolf: Bestandteile des Gesellschaftsvermögens. Diss. 1910.
Müller, Gustav: Die Gesellschaft in Seiff. Bl. für Rechtsanwendung 60. Jahrg. S. 405 ff.
Müller, Rudolf: Das Gesellschaftsvermögen nach dem Recht des BGB. Diss. 1909.
Müller, Wilhelm: Die gemischte Schenkung in Jherings Jahrbücher Bd. 48, S. 209. 1904.
Nordmann, Otto: Die Grundgeschäftswirkung des Gesellschaftsvertrags. Diss. 1910.
Oertmann: Entgeltliche Rechtsgeschäfte, Fischers Abhandl. XXIII. (1912.)
Oertmann: Kommentar zum BGB. 3., 4. Aufl. Bd. II. 1906.
Planck: Kommentar zum BGB., 4. Aufl. Bd. II, 2. Hälfte. 1923.
Reichsgerichtsräte, Kommentar der; 3. Aufl. 1923.
Rümelin, Gustav: Dienstvertrag und Werkvertrag. Tübingen 1905.
Schollmayer: Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im BGB. 2. Aufl. 1904.
Schreiber, Otto: Gemischte Verträge im Reichsschuldrecht. Jherings Jahrb. Bd. 60, S. 106 ff. 1912.
Silberschmidt, Wilhelm: Beteiligung und Teilhaberschaft. 1915.
Sintenis: Das praktische gemeine Zivilrecht, 3. Aufl. Bd. II. 1868.
Staub: Kommentar zum HGB. Bd. I 12./13. Aufl., Bd. II, 11. Aufl. 1926.
Staudinger: Kommentar zum BGB. Bd. II, 1 und 2, 7./8. Aufl. 1912.
Steinbach: Rechtsgeschäfte der wirtschaftlichen Organisation. Wien 1897.
Titze: Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichem Recht 1900.
Treichler: Doppeltypische Verträge. Diss. 1909.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts 2. Bd. 1900. 8. Aufl.
Protokolle und Motive zum BGB.
Entscheidungen des RG. in Zivilsachen.
Mugdan, Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.

Einleitung.

§ 1.

Das Problem.

Das Problem der gemischten Gesellschaftsverträge, das hier erörtert werden soll, ist ein Teilstück des Problems der gemischten Verträge überhaupt. Es ist aber auch weiter ein Ausschnitt aus dem bei dem Gesellschaftsvertrag auftauchenden Fragenkomplex. Dieser Umstand zeitigt eine eigentümliche Doppelstellung der Aufgabe, insofern seine Beantwortung abhängig ist von der Lösung verschiedener Grundfragen, die einerseits bei den gemischten Verträgen überhaupt, andererseits bei der Gesellschaft auftauchen. Diese Grundfragen lassen sich, soweit man sie kurz benennen kann, bezeichnen als 1. Wesen und systematische Stellung der Gesellschaft und 2. Wesen und systematische Stellung des gemischten Vertrags. Das erste Problem bedeutet insbesondere, die Stellung der Gesellschaft zum gegenseitigen Vertrag zu fixieren, das zweite, das Verhältnis des gemischten Vertrags zu den typischen und den ganz atypischen aufzuspüren. Es wird sich zeigen, daß damit die Systematik unseres Schuldrechts überhaupt berührt werden muß.

Alle diese Probleme können aber nur insoweit hier behandelt werden, als die Stellungnahme hierzu nötig ist, um die in dieser Arbeit versuchte Lösung des Problems der gemischten Gesellschaftsverträge verständlich zu machen. Dies wird insbesondere bewirken, daß zwar eingehend behandelt werden muß die Frage, ob die Gesellschaft ein synallagmatischer Vertrag ist, während die Anwendbarkeit der Vorschriften der §§ 320 ff. BGB. über den gegenseitigen Vertrag auf die Gesellschaft nur gestreift werden kann. Die Behandlung der mit den Begriffen „Entgeltlichkeit" und „Unentgeltlichkeit" zusammenhängenden Probleme wird sich zu beschränken haben auf die Fragen, wie die systematische Stellung dieser beiden Begriffe im Rechtssystem ist und ferner, ob es eine unentgeltliche Gesellschaft gibt und was für Regeln für diese gelten. Dagegen werden alle mit dem Problem der „gemischten Schenkung" zusammenhängenden Fragen ausgeschieden werden müssen.

Bei der Behandlung der bei den gemischten Gesellschaftsverträgen auftretenden Probleme wird es sich zeigen, daß hier zahlreiche Komplikationen auftreten, die zwar bei gemischten Gesellschaftsverträgen vorliegen können, die aber ebensogut sich zeigen auf anderen Vertragsgebieten. Hierher gehört insbesondere der Fall, daß der Gesellschafts-

beitrag selbst sich wieder aus verschiedenartigen Leistungen zusammensetzt, z. B. aus Eigentumsverschaffung und Dienstleistung und ähnlichem. Alle derartigen Fälle können ebenfalls im Rahmen dieser Arbeit nicht im einzelnen behandelt werden.

Zur genauen Festlegung des Problems wird es sich, wie schon angedeutet, als unumgänglich nötig erweisen, das System der gemischten Verträge überhaupt zu betrachten, und weiter, auch eine Definition des Begriffs „gemischter Vertrag" zu finden, die alle möglichen Fälle dieser Gebilde umfaßt. Dann soll von hier zu einem System der gemischten Gesellschaftsverträge und zu einer Definition dieses Begriffs herabgestiegen werden.

Das Folgende wird also in einem allgemeinen Teil zunächst die allgemeinen Probleme des Gesellschaftsrechts behandeln, soweit sie hier in Betracht kommen. Daran anschließend wird in einem zweiten Teil des ersten Hauptabschnitts eine Erörterung der allgemeinen Sätze über die gemischten Verträge überhaupt und der gemischten Gesellschaftsverträge im besonderen folgen. Daran wird sich als zweiter Hauptabschnitt ein „Besonderer Teil" anreihen, der die Komplikationen, die aus dem Problem entspringen, im einzelnen behandeln wird.

Die Arbeit beschränkt sich auf die im Gebiet des BGB. auftauchenden Fragen. Damit soll n i c h t gesagt sein, daß es sich n u r um ein Problem des BGB. handelt; aber es sind genau d i e s e l b e n Fragen, die im Rahmen des HGB. und anderer Spezialgesetze auftreten; und dies rechtfertigt es, daß auf eine nähere Behandlung dieser Spezialfragen hier nicht eingegangen wird[1]. Die Lösungen der im BGB. auftauchenden Fragen bieten einen Weg auch für die Lösung des Problems in den andern Gesetzen.

Die Arbeit beschränkt sich weiter grundsätzlich auf das heutige Recht. Dies hat seinen Grund darin, daß das hier behandelte Hauptproblem ein lediglich durch die jeweilige Gesetzestechnik bedingtes ist, daß es daher in den vergangenen Rechtssystemen anders gelagert sein mußte. Das gilt freilich nicht von dem im ersten Abschnitt zu behandelnden Problem über das Wesen des Gesellschaftsvertrags. Hier wird, soweit es zum Verständnis der Entscheidung nötig ist, auch auf die Vergangenheit kurz zurückgegriffen werden müssen.

[1] Vgl. Hoeniger, a. a. O. S. 8 ff.

Erster Hauptabschnitt.

Allgemeiner Teil.

Erster Unterabschnitt.

Das Wesen des Gesellschaftsvertrags.

§ 2.

Die personenrechtliche Seite der Gesellschaft.

Die Normen des BGB. über die Gesellschaft zeigen, daß wir heute in ihr ein Gebilde nicht nur schuldrechtlicher Natur haben, vielmehr bringt der Gesellschaftsvertrag zugleich eine personenrechtliche Gemeinschaft hervor[1]. Dies zeigt sich vor allem darin, daß das BGB. ein selbständiges Gesellschaftsvermögen kennt, das den Gesellschaftern in ihrer Gesamtheit zusteht, und daß der einzelne Gesellschafter derart gebunden ist, daß er über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen oder an den einzelnen dazu gehörigen Gegenständen nicht verfügen kann (§ 719 BGB.); es zeigt sich weiter darin, daß nach den Vorschriften der §§ 736 ff. vereinbart werden kann, daß auch nach Ausscheiden eines Gesellschafters die übrigen das Vertragsverhältnis fortsetzen. Dieses persönliche, genossenschaftliche Band ist aber an sich nicht eine aus dem Wesen des Gesellschaftsvertrags entspringende Notwendigkeit, allerdings nahegelegt durch das enge Vertrauensverhältnis, das zwischen den Gesellschaftern bestehen muß und das bedingt ist durch die Tätigkeit zu einem gemeinsamen Zweck. Das römische Recht[2] kannte dieses genossenschaftliche Band nicht, regelte vielmehr in seiner societas lediglich einen rein vermögensrechtlichen Vertrag, eine Vereinbarung, die auch heute noch gemäß dem jetzt herrschenden Grundsatz der Vertragsfreiheit abgeschlossen werden kann. Dem römischen Recht war der erste Entwurf des BGB. gefolgt. Umgekehrt hat das deutsche Recht ein

[1] Ebenso Planck, a. a. O. II,2 vor § 705 Anm. II,1; Gierke, a. a. O. III, S. 831; Staudinger-Kober, II, 2 vor § 705 II; Schreiber a. a. O. S. 188; Hoeniger ignoriert diese personenrechtliche Seite vollständig. Besonders scharf wird sie betont von Endemann a. a. O. S. 1129. Endemann definiert „Gesellschaft ist die durch den eigenartigen Gesellschaftsvertrag begründete und geordnete Gemeinschaft, wonach das Gesellschaftsvermögen in ungeteiltem Eigentum der zur Förderung eines gemeinschaftlichen Zwecks obligatorisch verbundenen Gesamthänder steht". U. E. ist hier die personenrechtliche Seite zu einseitig hervorgehoben; denn nach Endemann wird sie zum Hauptkriterium des Begriffs, was doch dem Gesetze nicht ganz entsprechen dürfte.

[2] Vgl. hierüber Becker: Die grundsätzlichen Abweichungen des BGB. von den römischen Grundsätzen der societas. Diss. 1909, insbes. S. 4 ff.; ferner Windscheid-Kipp II, 8. Aufl. S. 727.

personenrechtliches Band um die Vertragsparteien grundsätzlich allgemein im Schuldrecht gewunden. Ein Rest ist noch bei unserem Dienstvertragsrecht erhalten, z. B. in den Pflichten der Dienstberechtigten bei Aufnahme des Dienstverpflichteten in die häusliche Gemeinschaft (§ 617 BGB.)[1].

In unser Gesellschaftsrecht ist der deutschrechtliche Grundsatz auf Veranlassung Gierkes eingedrungen. Unsere Arbeit wird an sich nur die vermögensrechtliche Seite der Gesellschaft zu behandelt haben. Dies personenrechtliche Element des Vertrags wirft aber immer wieder seinen Schatten auf unser Problem, das u. E. nur dann genügend gelöst werden kann, wenn jenes ausreichend berücksichtigt wird.

Die Personengemeinschaft ist aber bei der Gesellschaft des BGB. nicht derartig kristallisiert, daß die Gesellschaft ein neues selbständiges Rechtssubjekt geworden ist. Darin liegt sein Unterschied zum Verein[2].

§ 3.

Gesellschaft und Synallagma.

Herrschende Meinung im römischen und heutigen Recht.

Wenden wir uns nun zu der vermögensrechtlichen Seite der Gesellschaft, so müssen wir uns, um die Lösung des Problems der gemischten Gesellschaftsverträge behandeln zu können, klar sein über die Frage: Welche Stellung nimmt die Gesellschaft im Rechtssystem ein? Welches ist insbesondere das Verhältnis der Gesellschaft zu den gegenseitigen Verträgen? Ist die Gesellschaft ein gegenseitiger Vertrag?

Das Gesetz sagt im § 705 BGB.: „Durch den Gesellschaftsvertrag verpflichten sich die Gesellschafter gegenseitig, die Erreichung eines gemeinsamen Zwecks in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern, insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten." Aus dieser gesetzlichen Bestimmung hat nun die wohl bis heute als herrschend zu bezeichnende Meinung entnommen, daß der Gesellschaftsvertrag ein gegenseitiger Vertrag sei, und ferner, daß er sich dadurch von den andern gegenseitigen Verträgen unterscheide, daß die Leistungen der Parteien zu einem gemeinschaftlichen Zweck erfolgen müssen[3].

Eine eigenartige Abwandlung der herrschenden Lehre bringt Lastig[4]. Nach ihm ist die Gesellschaft in erster Linie nicht ein Begriff des Rechts sondern der Wirtschaft, daher eine alle Arten der Gesellschaft um-

---

[1] Dernburg, Deutsches Privatrecht II, 3. Aufl. S. 446.

[2] Jetzt durchaus herrschende Meinung; für viele: Planck II,2 vor § 705 Anm. II.1. Enneccerus II S. 501; Dernburg II,2 S. 606. Auf näheres kann nicht eingegangen werden, auch nicht auf die Frage, wie sich Gesellschaft und nichtrechtsfähiger Verein scheiden.

[3] Auf diesem Standpunkt stehen Enneccerus S. 496 ff. und 501; Knocke, Recht der Gesellschaft S. 41; Dernburg II,1, 1. Aufl. S. 537; Planck, 4. Aufl. II,2 S. 1263; Cosack, 1. Aufl. S. 365; Gustav Müller, S. 409; Nordmann S. 24; Rudolf Meyer S. 30; Kurt Meyer S. 16; RG. in ständiger Rechtsprechung zuletzt Bd. 78, 303 und 100 S. 3; Crome, System. S. 763 Anm. 2.

[4] Lastig in Endemanns Handbuch S. 317 ff.

fassende juristische Definition nach ihm unmöglich ist. „Die Gesellschaft ist kein eigenartiges Rechtsverhältnis, sondern nur eine den verschiedenartigsten Rechtsverhältnissen hinzutretende Eigenschaft[1]." Lastig betrachtet aber die Verträge, zu denen diese Eigenschaft hinzutreten könne, als gegenseitige.

Die herrschende Lehre geht zurück auf die allgemeine Anschauung im gemeinen Recht. Windscheid[2] spricht bei der Gesellschaft von einem Vertrag „gerichtet auf die Vereinigung von Leistungen zweier oder mehrerer im gemeinschaftlichen Interesse", und fügt ausdrücklich hinzu, daß „kein Grund vorhanden sei, die Gesellschaft aus der Reihe der gegenseitigen Verträge auszuschließen", die Gesellschaft sei ein gegenseitiger Vertrag besonderer Art. Weitere Hauptvertreter dieser Anschauung im gemeinen Recht sind Glück und Sintenis[3].

§ 4.

Gesellschaft und Synallagma.

Ansichten gegen die herrschende Meinung vor Hoeniger.

Was die Kritik der herrschenden Meinung betrifft, so ist zunächst prinzipiell zu sagen, daß der Wortlaut des Gesetzes hier nicht entscheidend für die herrschende Meinung herangezogen werden kann, denn zunächst ist es, wie Endemann[4] mit Recht feststellt, sehr fraglich, ob das Wort „gegenseitig" tatsächlich auf das Synallagma hindeutet, oder ob es nicht einfach synonym mit „einander" gebraucht ist[5].

Die Kritik hat nun vor allem in zwei Punkten eingesetzt. 1. wurde geleugnet, daß die Gesellschaft ein gegenseitiger Vertrag sei; 2. wurde der „gemeinschaftliche Zweck" als Kriterium nicht anerkannt.

Schon im gemeinen Recht hat sich gegen die herrschende Meinung eine Gegnerschaft erhoben. Ihr Führer war zunächst Kuntze[6].

Dieser Schriftsteller scheidet die selbständigen Obligationen (denen er die akzessorischen gegenüberstellt) in einseitige (z. B. Schenkung), in gegenseitige (z. B. Kauf) und in Gesellschaftsobligationen, sowie in die von ihm so genannten Alternativobligationen, zu denen er die „Glücksverträge" (z. B. Spiel, Wette) rechnet. Er trennt die Gesellschaftsverträge deshalb von den gegenseitigen, „weil ihre Intension (causa) nicht auf eine glatte Äquivalenzmaxime hinausläuft, d. h. die beiderseitigen Leistungen nicht im Verhältnis eines eigentlichen Austauschs stehen, sondern dieselben zur Erzielung eines gemeinsamen Ergebnisses in solcher Weise ineinander verschmolzen sind, daß gleichsam aus zwei Dimensionen eine dritte verbindende Dimension sich hieraus

[1] Lastig, a. a. O. S. 324.

[2] Windscheid-Kipp, a. a. O. II. 8. Aufl. S. 724

[3] Glück, a. a. O. Bd. XV, S. 372; Sintenis, a. a. O. Bd. II, § 121, S. 712.

[4] Endemann, a. a. O. S. 1134.

[5] Auch die Motive II, S. 598 ff, bringen keinen schlüssigen Beweis für die herrschende Meinung.

[6] Kuntze, Die Obligation und die Singularsukzession, § 39 S. 354 ff.

entfalte[1]. Interessant ist aber übrigens dabei auch, daß bei Kuntze bereits anklingt, was später dann Hoeniger in ein System gebracht hat, nämlich der Versuch, den Unterschied zwischen gegenseitigem Vertrag und Gesellschaft vor allem auf der objektiven Seite zu suchen.

Dann hat aber Jhering in seinem „Zweck im Recht" das Problem von neuen Gesichtspunkten aus betrachtet. Von dem allgemeinen Satz ausgehend, daß jede rechtliche Handlung vorgenommen werde zur Realisierung eines Zwecks, kommt er zu folgendem: Auszuscheiden aus dem Verkehrsleben seien zunächst die Verträge mit altruistischem Inhalt, die Schenkungsverträge. Bei den Verkehrsverträgen, den „onerosen Verträgen" bildet Jhering zwei Gruppen[2]. Bei den einen gingen die Zwecke auf Austausch von Leistungen, bei den andern handle es sich um eine Vereinigung zu einem gemeinsamen Zweck. Das Tauschgeschäft hat nach Jhering zu seiner Voraussetzung die „Verschiedenartigkeit des beiderseitigen Bedürfnisses und dementsprechend die des Mittels, wodurch dasselbe befriedigt wird: die Verschiedenartigkeit der beiderseitigen Leistungen". Diesen Austauschverträgen setzt Jhering den Fall gegenüber, bei dem die Bedürfnisse beider Teile gleichartig oder richtiger „identisch" sind, so daß also ihre Interessen in der Verfolgung eines und desselben Zwecks zusammentreffen. So kommt Jhering zu den zwei Unterarten der entgeltlichen oder onerosen Verträge, den „Tauschverträgen" (wir würden heute sagen „Austauschverträge") und den „Sozietätsverträgen", so daß also im Vertragssystem überhaupt „Schenkung", „Austausch" und „Sozietät" nebeneinanderstehen. Und zwar betrachtet Jhering die Sozietät insofern als die Brücke zwischen Schenkung und Austauschvertrag, als hier der Egoismus in seinem eigenen Interesse sich die Selbstbeschränkung auferlegt, Fremdes wie Eigenes zu betrachten. So sieht Jhering in der Gesellschaft den „Indifferenzpunkt".

Eine innere Verwandtschaft mit der Lehre Jherings hat die von Lammfromm[3] aufgestellte Meinung. Auch nach ihm ist das entscheidende „innerliche" Moment des Austauschs die gegenseitige Zweckbeziehung der beiderseitigen Leistungen beziehungsweise Versprechungen[4]. Jenachdem nun wie diese innerliche Zweckbeziehung sich gestaltet, liegt einer der beiden Unterfälle der Austausch- oder entgeltlichen Geschäfte[5] vor, als die Lammfromm den „Umsatzvertrag" und den „Assoziationsvertrag" faßt. Der Unterschied zwischen beiden Begriffen besteht darin, daß bei den Umsatzverträgen eine „absolute Duplizität der causa"[6] vorliegt, was bewirkt, daß „in keiner Phase seiner Entwicklung das Um-

[1] Kuntze a. a. O. S. 355.

[2] Jhering a. a. O. S. 132 f.

[3] Lammfromm a. a. O. S. 47 ff.

[4] Lammfromm a. a. O. S. 48.

[5] Lammfromm verwendet diese beiden Ausdrücke synnonym, wie aus Vergleich von S. 52 und 59 hervorgeht. Dies wirkt u. E. irreführend.

[6] Lammfromm a. a. O. S. 57.

satzgeschäft einen Punkt zeigt, in welchem eine Interessengemeinschaft zum Vorschein käme". Bei den Assoziationsgeschäften dagegen liege ein dem Kontrahenten gemeinschaftlicher Zweck vor[1].

Auf die Lehre Jherings läßt sich auch die bereits für das Recht des BGB. aufgestellte Lehre von Tietze[2] zurückführen. Auch dieser Schriftsteller stellt die Gesellschaftsverträge gleichberechtigt neben die synallagmatischen. „Diese charakterisieren sich dadurch, daß aus ihnen notwendigerweise für beide Parteien Leistungspflichten erwachsen, die sich gegenseitig bedingen, von denen also die eine um der anderen Willen eingegangen wird[3]", oder, wie Titze an anderer Stelle[4] sagt, es werden bei ihnen die Pflichten um der Rechte willen übernommen. Demgegenüber ist der juristische Zweck des Gesellschaftsvertrags die Erreichung des gemeinsam angestrebten Ziels[5].

Auch Endemann[6] findet das Unterscheidungsmerkmal der Gesellschafts- von den Umtauschverträgen in dem „gemeinschaftlichen Interesse"; denn die Gesellschafter wollten nicht einen Austausch der Güter wie beim Kauf herbeiführen, sondern ihre Beiträge einem gemeinsam gewollten Zweck widmen[7].

Einen ganz andern Ausgangspunkt nimmt Steinbach[8]. Dieser scheidet die unentgeltlichen Verträge in solche, die die Überlassung wirtschaftlicher Güter zum Inhalte haben, und solche, die die Ergänzung des Subjekts der Wirtschaft betreffen. Zu den ersten gehören nach Steinbach die synallagmatischen, zu den letzten die Gesellschafts-Verträge[9].

An Steinbach schließt sich an Staudinger-Kober[10], ohne aber theoretisch eine einheitliche Ansicht konsequent zu vertreten.

Weiter ist gegen die herrschende Meinung Kohler[11]. Er scheidet die Gesellschaftsverträge, bei denen eine „Leistung für ein gemeinschaftliches Vermögen zu einem festgesetzten Zweck" vorliegt von den gegenseitigen, bei denen die Leistung erfolgt, damit sie für die Gegenleistung einen Gleichwert biete.

Die Praxis folgt fast durchweg der Ansicht, daß die Gesellschaft ein gegenseitiger Vertrag sei. Lediglich eine Entscheidung des Oberlandesgerichts Marienwerder[12] deutet an, daß das Gericht theoretisch möglicher-

---

[1] Lammfromm (a. a. O. S. 59 Anm. 2) spricht von „gemeinschaftlichem" Zweck (Gegensitz: „Sonderzweck"), nicht wie Jhering von „identischem" Zweck (Gegensatz: „verschiedenartiger" Zweck).

[2] Titze, Unmöglichkeit der Leistung nach bürgerlichem Recht. Leipzig 1900.

[3] Titze a. a. O. S. 163 Anm. 1.

[4] Titze a. a. O. S. 309.

[5] Titze a. a. O. S. 310.

[6] Endemann a. a. O. S. 1133.

[7] Endemann a. a. O. S. 1134 Anm. 10.

[8] Steinbach, Rechtsgeschäfte der wirtschaftlichen Organisation. Wien 1897.

[9] Steinbach a. a. O. S. 3 ff.

[10] Staudinger-Kober a. a. O. zu § 705 Anm. V.

[11] Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts II, 1 S. 276.

[12] OLG. RSp. Bd. VIII S. 80.

weise auf dem anderen Standpunkt stehe. Denn es spricht hinsichtlich der Anwendbarkeit der §§ 320 ff. BGB. von den „Modifikationen, die sich aus der Besonderheit des Gesellschaftsverhältnisses ergeben als eines Typus, der nicht unmittelbar auf den Austausch der Leistung gerichtet ist", womit doch wohl der Typus der Gesellschaft mit dem des synallagmatischen (Austausch-)Vertrags in Gegensatz gestellt werden soll.

§ 5.

Gesellschaft und Synallagma.

Die Ansichten von Hoeniger und Schreiber.

Auf eine ganz neue Basis wurde die Anschauung, daß es sich bei den Gesellschaftsverträgen nicht um gegenseitige Verträge handle, gestellt durch Hoeniger in seinem Werk „Gemischte Verträge in ihren Grundformen". Hoeniger scheidet sich von der bisher fast allgemein herrschenden Anschauung dadurch, daß er 1. versucht, das Zweckmoment aus dem Gesellschaftsbegriff auszuscheiden und an Stelle davon objektive Merkmale zur Charakterisierung der Gesellschaft zu setzen und 2. die Begriffe „Synallagma" und „Gesellschaft" scheidet von dem Begriffspaar „entgeltlich" und „unentgeltlich".

Hoeniger führt aus, daß der besondere Zweck, der nach der herrschenden Meinung die Gesellschaft auszeichnen sollte, in Wahrheit nur das Willensmotiv sei. Hoeniger wendet sich dabei insbesondere gegen die Lehre Lammfromms, bei der dies besonders scharf zutage trete[1]. Insbesondere zitiert er folgende Stelle[2]:

„Der Vorstellung der Kontrahenten (zu ergänzen: von einer ihnen vorteilhaften objektiven oder subjektiven Verschiedenartigkeit der auszutauschenden Leistungen oder Versprechungen) kann eine Bedeutung für die Charakterisierung des Umsatzgeschäftes nicht an und für sich zukommen, sondern nur insofern als die Kontrahenten dadurch zum Vertragsschluß motiviert, als die Zwecke des Vertrags dadurch bestimmt werden. Ist aber die gedachte Vorstellung jedes Kontrahenten die Grundlage der causa des Umsatzvertrags, so ergibt sich daraus die wichtige Schlußfolgerung, daß bei den Umsatzverträgen jeder Kontrahent seine besondere causa hat: es ergibt sich eine Duplizität der causa der Umsatzverträge. Für eine gemeinschaftliche einheitliche causa ist kein Raum."

Hoeniger stellt nun weiter dazu fest, daß das Motiv, das von Lammfromm (und, wie Hoeniger ausführt, überhaupt der herrschenden Meinung) mit dem Zweck im Sinne des Gesetzes identifiziert werde, unmöglich das Unterscheidungsmoment der Gesellschaft sein könne, da das Motiv rechtlich irrelevant sei. Außerdem sei das Motiv in Wahrheit gar nicht unterscheidend, da eine Duplizität der Motive auch sehr wohl

[1] Hoeniger a. a. O. S. 215.
[2] Lammfromm a. a. O. S. 55 ff.

bei der Gesellschaft und eine Identität beim Synallagma vorhanden sein könne[1].

Daher sucht Hoeniger objektive Merkmale aufzufinden, die die Sozietät vom Synallagma scheiden sollen. Hoeniger kommt dabei zu folgenden Ergebnissen:

Alle Vertragstypen sind zunächst zu scheiden in entgeltliche i. w. S. und unentgeltliche i. w. S. Damit ein Vertrag entgeltlich in dieser Bedeutung sein kann, müssen folgende Momente vorliegen, die sämtliche auf der objektiven Seite liegen[2]: 1. Jede Vertragspartei hat zu leisten[3]. 2. Jede Vertragspartei hat zu empfangen[4]. 3. Es muß vorliegen eine Modalitätsbedingung dahingehend, daß die von vornherein wirksame Leistungspflicht einer jeden Partei im einzelnen abhängig sein soll von der Art und Weise, wie die Gegenleistung vollzogen wird, wobei Leistung und Gegenleistung durch einen „leistungsverknüpfenden Tatbestand", einen „Tatbestand höherer Ordnung" verbunden sind[5]. Unentgeltlichkeit liegt nach Hoeniger dann vor, wenn mindestens eines dieser Entgeltlichkeitsmomente fehlt[6]. Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit haben nach Hoeniger wieder je zwei Untertatbestände, dieses „Unentgeltlichkeit" i. e. S. und „unentgeltliche Sozietät", jenes „Synallagma" und „entgeltliche Sozietät" (die Gesellschaft des BGB.). Unter unentgeltlicher Sozietät begreift Hoeniger folgende Fälle: 1. ein Gesellschafter leistet einen Beitrag zum Gesellschaftszweck, hat aber nicht am Gewinn teil, und 2. ein Gesellschafter leistet keinen Beitrag zum Gesellschaftszweck, hat aber trotzdem am Gewinn teil. In beiden Fällen treffen die von Hoeniger für den Begriff „Unentgeltlichkeit" angegebenen Momente zu.

Sozietät und Synallagma bzw. Unentgeltlichkeit i. e. S. unterscheiden sich nach Hoeniger in „besonders charakteristischen Beziehungen zwischen den Entgeltlichkeitsmomenten"[7], nämlich darin, daß beim Synallagma und bei der Unentgeltlichkeit i. e. S. jeweils die von der einen Partei zu machende und die von der andern Partei zu erhaltende Leistung identisch sind, während bei der Sozietät dies nicht der Fall ist, vielmehr die zu bewirkende Leistung zunächst durch ein Medium, das Gesellschaftsvermögen, geht. Es liegen also nach Hoeniger auch hier die Charakterisierungsmomente rein auf der objektiven Seite. „Das Synallagma ist demnach die unmittelbare und die entgeltliche Sozie-

---

[1] Hoeniger a. a. O. S. 214.
[2] Hoeniger a. a. O. S. 210 ff.
[3] Hoeniger a. a. O. S. 220.
[4] Hoeniger a. a. O. S. 222.
[5] Hoeniger a. a. O. S. 240.
[6] Nach Hoeniger sind übrigens Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit nicht sich ausschließende Gegensätze, sondern vielmehr nur Endpunkte einer Kette, die Zwischenstufen zwischen diesen beiden Begriffen in unendlicher Zahl umfaßt; im Rahmen dieser Arbeit kann aber auf diese Streitfrage nicht eingegangen werden.
[7] Hoeniger a. a. O. S. 267.

tät die mittelbare Entgeltlichkeitsform[1]", ebenso wie sich die mittelbare und die unmittelbare Unentgeltlichkeitsform in Unentgeltlichkeit i. e. S. und unentgeltliche Sozietät finden. Synallagma und Sozietät sind nach Hoeniger die einzigen Untergruppen der entgeltlichen Verträge.

Diese Lehre hat dann Otto Schreiber[2] in verschiedenen wesentlichen Punkten modifiziert. Auch Schreiber kennt wie Hoeniger einen Oberbegriff der Entgeltlichkeit, deren Unterformen Sozietät und Synallagma sind[3]. Nach ihm erschöpfen diese beiden aber nicht den Entgeltlichkeitsbegriff, vielmehr gibt es außer ihnen noch die sogen. „freie Entgeltlichkeit", die vorliegt dann, wenn eine Leistung der einen Partei im wirtschaftlichen Zusammenhang steht mit der Leistung der andern Partei, ohne daß aber ein vertragliche Verbindung der beiden Leistungen vorliegt[4]. Schreiber rechnet hierher die Fälle, wo jemand einem andern zur Belohnung für Leistungen, die dieser unentgeltlich übernommen hatte, ein „Geschenk" macht, ferner gehört nach ihm hierher die Hingabe von Trinkgeld u. ä.

Dementsprechend faßt Schreiber das dritte Entgeltlichkeitsmoment folgendermaßen: „Die Leistungen werden von den Parteien in eine Wertbeziehung gebracht, nach der sie sich gegenseitig ausgleichen sollen[5], während er die beiden ersten Entgeltlichkeitsmomente Hoenigers aufrecht erhält. Aber das Entscheidende ist: auch nach Schreiber stehen Synallagma und Sozietät auf derselben juristischen Größenordnung, und die über sie aufgestellten Rechtssäze sind „Normen gleicher Wertgröße"[6]. Eine „unentgeltliche Gesellschaft" wird aber von Schreiber nicht anerkannt[7]. In den von Hoeniger so bezeichneten Gebilden handle es sich vielmehr um eine Kombination von Gesellschaft und Unentgeltlichkeit.

§ 6.

Unsere Stellungnahme zu dem Problem: Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit.

Bei der Stellungnahme zu dem behandelten Problem werden wir so vorgehen, daß wir kritisch die einzelnen Punkte der Theorien Hoenigers und Schreibers beleuchten und im Anschluß daran die dabei auftauchenden Fragen zu klären suchen.

Was das Problem der Entgeltlichkeit betrifft, so fällt die Behandlung der Frage, ob es Zwischenstufen zwischen Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit gibt[8], wie wir schon sahen, nicht in den Rahmen dieser Arbeit.

[1] Hoeniger a. a. O. S. 269.
[2] Schreiber, Gemischte Verträge im Reichsschuldrecht, Jher. Jahrb. Bd. 60 S. 171 ff.
[3] Schreiber a. a. O. S. 188.
[4] Schreiber a. a. O. S. 177.
[5] Schreiber a. a. O. S. 182.
[6] Schreiber a. a. O. S. 167.
[7] Schreiber a. a. O. S. 188. Schreiber lehnt auch die These Hoenigers über die Zwischenstufen zwischen Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit ab.
[8] Hoeniger a. a. O. S. 170 ff. Ferner Schreiber a. a. O. S. 184 ff. und Knoke ZHR. Bd. 75. S. 434 ff.

Von den von Hoeniger aufgestellten drei Entgeltlichkeitsmomenten wird sich wohl das erste an sich nicht bestreiten lassen[1], wenngleich es sehr fraglich erscheint, ob es tatsächlich ein entscheidendes Kriterium ist.

Unrichtig ist aber das zweite Kriterium Hoenigers. Daß es jedenfalls unpräzis ist, zeigt sich schon, wenn man das Gebilde des „Vertrags zugunsten Dritter" betrachtet, das unter Umständen als entgeltliches auftreten kann[2]. Bei diesen Verträgen hat aber schon nach dem Vertrag die eine Partei keine Leistung zu erhalten. Hoeniger hätte bei seiner Formulierung jedenfalls diesen Fall mitberücksichtigen müssen.

Daß die Formulierung aber tatsächlich unrichtig ist, zeigt sich darin, daß es sehr wohl möglich ist, daß bei Gesellschaften (deren Unterordnung unter den Entgeltlichkeitsbegriff mit Hoeniger zunächst unterstellt werden soll) die Parteien der ursprünglichen Vereinbarung gemäß keine Leistungen erhalten: So ist es bei den Gesellschaften mit idealem Zweck. Auch nach Hoeniger wird wohl hier ein entgeltlicher Vertrag vorliegen. Das zweite Entgeltlichkeitsmoment wird also fallen zu lassen sein, jedenfalls in der Form, wie es Hoeniger kennt.

Außerdem kommt Hoeniger noch zu dem Entgeltlichkeitsmoment der wechselseitigen Modalitätsbedingung. Doch dürfte in diesem Punkt Hoeniger nicht zuzustimmen sein, denn auch wenn dieser Entgeltlichkeitstatbestand neben den beiden andern von Hoeniger aufgestellten vorliegt, besteht noch immer die Möglichkeit, daß trotzdem ein entgeltlicher Vertrag nicht vorliegt. Man stelle sich vor: Die Partei A kauft Gegenstände im Werte von X Mark für die Geldsumme von 10. X Mark. Hier liegen sämtliche drei Tatbestandsmerkmale Hoenigers vor. Und doch wird niemand behaupten, daß es sich dabei um einen voll entgeltlichen Vertrag handelt.

Wenn Hoeniger[3] ausführt, daß der Vollentgeltlichkeit irgend eine größere Bedeutung als jeder anderen Entgeltlichkeitsstufe nicht zukomme, und „daß die einzige Besonderheit der Vollentgeltlichkeit darin liege, daß sie Endstufe der Reihe der Entgeltlichkeitstatbestände sei", so mag die Richtigkeit dieser Behauptung dahingestellt bleiben. Wenn dann aber Hoeniger erklärt, daß „die Frage, inwieweit ein Tatbestand den Extremen der Entgeltlichkeit und der Unentgeltlichkeit sich nähere, nur nach subjektivem Maßstab, nach den Wertungen, die die Parteien dem Geschäftsinhalt der verknüpften Leistungen beigelegt haben", sich bemessen, so bedeutet dies aber nichts anderes als daß die Stärke des Entgeltlichkeitsmoments im Vertrag von diesem subjektiven Wert-

[1] Ebenso Schreiber a. a. O. S. 184.

[2] Enneccerus a. a. O. S. 96; Staudinger vor § 328 Anm. 1; Planck vor § 328 Anm. 1; Komment. d. RGR. zu § 320 Anm. 1; dieser spricht zwar von „gegenseitigem Vertrag", meint aber, wie aus dem Zusammenhang hervorgeht, offenbar das, was Hoeniger als „entgeltlich" bezeichnet.

[3] Hoeniger a. a. O. S. 281.

maßstab abhängig sei; daraus wäre aber die Konsequenz zu ziehen, daß die Wertung, die die Partei nach dem Geschäftsinhalt den verknüpfenden Leistungen beigelegt haben, in Wirklichkeit ein Entgeltlichkeitskriterium ist.

Hoeniger müßte also selbst zu dem Ergebnis kommen, daß jedenfalls neben seinen Entgeltlichkeitskriterien auch noch der Wert der Sache, wenn auch nur der subjektive Wert für die jeweiligen Parteien eine entscheidende Bedeutung hat. In der Tat sind ja, wie wir oben festgestellt haben, die von Hoeniger angegebenen Entgeltlichkeitsmomente durchaus nicht ausreichend[1]. Man wird also wohl oder übel den Wert der Sache als Kriterium heranziehen müssen. Die Streitfrage, ob der Wert in der Tat subjektiv zu fassen sei, wie wir oben als Konsequenz der Hoeniger'schen Ansicht annehmen mußten, oder ob die objektive Äquivalenz als maßgebend zu betrachten sei, kann hier im einzelnen nicht erörtert werden. Nach unserer Ansicht dürfte aber in der Tat die subjektive Werteinschätzung entscheidend sein[2]. Denn sollte es sich etwa nicht um einen entgeltlichen Vertrag handeln, wenn jemand einen Gegenstand, der lediglich persönlichen Wert für den Käufer hat, „objektiv" aber völlig wertlos ist, für eine hohe Summe kauft? In derartigen Fällen versagt die Theorie, die lediglich den objektiven Wertmaßstab für den Begriff Entgeltlichkeit als maßgebend erachtet, völlig, ganz abgesehen davon, daß ein objektiver Wert überhaupt schwer festzusetzen ist, daß dies sogar oftmals überhaupt unmöglich sein wird.

Doch scheint es uns nicht richtig, etwa so zu formulieren, daß der subjektive Wert der einen Leistungen selbst nicht im Mißverhältnis zu dem subjektiven Wert der andern Leistungen stehen dürfte. Denn es kann sehr wohl der Fall sein, daß die Leistungen, die die Parteien machen, sehr in Mißverhältnis zueinander stehen, und doch wird man deshalb den Vertrag zu den entgeltlichen rechnen können, so z. B.[3] in dem Falle, wenn die Parteien eine Gesellschaft eingehen, bei der die eine Partei eine sehr große, die andere eine sehr kleine Einlage leistet, sofern der Gewinnn im entsprechenden Verhältnis verteilt wird. Man kann auch nicht als Kriterium das Verhältnis der einer und derselben Partei geleisteten und von ihr empfangenen Leistung als maßgebend betrachten. Denn bei den Gesellschaften mit idealem Zweck können sehr wohl die Parteien überhaupt keine Leistungen erhalten. Aber auch sofern ein Erwerbszweck vereinbart ist, kann doch auf das Verhältnis von Hingabe und empfangener Leistung nicht abgestellt werden, denn die Höhe der empfangenen Leistung ist schon nach dem Vertrage oft in

[1] Genau dasselbe gilt von dem Kriterium (Haymanns und) Örtmanns, Entgeltl. Geschäfte S. 50: „Entgeltlich sind die Verträge, die auf Leistung gegen Gegenleistung gerichtet sind". Diese Definition ist u. E. ein circulus vitiosus.

[2] Ebenso Enneccerus a. a. O. S. 88, § 256 Anm. 1 RG. Leibz. Z. 1912 S. 555. Vgl zu der Frage insbes. Örtmann, Entgeltliche Geschäfte, S. 47 ff.

[3] Unter der Voraussetzung, daß die Gesellschaft ein entgeltlicher Vertrag ist.

keiner Weise fest bestimmt, vielmehr von dem jeweiligen Gewinn oder Verlust abhängig. Demnach kann auch ein bestimmtes Verhältnis zwischen hingegebener und empfangener Leistung hier nicht bestehen. Maßgebend kann daher nur sein ein Vergleich des Verhältnisses, den der subjektive Wert der bewirkten und der empfangenen Leistung für die eine Partei hat, mit dem Verhältnis, das der subjektive Wert der bewirkten und der empfangenen Leistung für die a n d e r e Partei hat. Man wird also dieses Merkmal der Entgeltlichkeit folgendermaßen zu formulieren haben: Das Wertverhältnis der von der einen Partei empfangenen und der von ihr bewirkten Leistung steht typisch nicht im Mißverhältnis zu dem Wertverhältnis zwischen der von der anderen Partei empfangenen und der von dieser bewirkten Leistung.

Unentgeltlichkeit würde dann vorliegen, wenn ein solches Mißverhältnis bestände.

Man könnte übrigens behaupten, daß dieses Entgeltlichkeitsmoment insofern auf der objektiven Seite liegt, als, wenn auch der „Wert" subjektiv zu verstehen ist, doch das Verhältnis der Werte zueinander etwas objektives ist.

Das von Hoeniger aufgestellte dritte Entgeltlichkeitsmoment kann eine selbständige Bedeutung nicht mehr behalten. Denn der Wert, den eine Sache für die Partei hat, wird mit bedingt auch durch die „Modalitätsbedingung", insofern es durch deren Änderung — z. B. Zuspätleistung — verändert werden kann. Aus diesem Gesichtspunkt heraus hat das Gesetz die Regelung der §§ 320/322 BGB. geschaffen, nach der im Regelfall die Leistung Zug um Zug zu erfolgen hat.

Aber auch das erste Entgeltlichkeitsmoment, dessen Richtigkeit wir an sich nicht bezweifelt haben, verliert durch das von uns im vorhergehenden entwickelte seine Bedeutung als Kriterium, da es lediglich die Konsequenz unseres Kriteriums ist.

§ 7.

Unsere Stellungnahme zu dem Problem Synallagma und Gesellschaft.

Bei der Stellungnahme zu den Theorien Hoenigers und Schreibers über die Ausscheidung des Zweckmoments aus dem Gesellschaftsbegriff wird uns vor allem eine Bestimmung des Gesetzes auffallen, der § 726. Nach diesem endigt die Gesellschaft ipso iure, wenn der gemeinsame Zweck erreicht oder dessen Erreichung unmöglich geworden ist. Daraus scheint doch hervorzugehen, daß dieses Zweckmoment, das die Hoenigersche Richtung ausscheiden will, von ganz entscheidendem Einfluß sein muß auf die Geltung des Vertrags, so daß seine Hereinnahme in die Begriffsbestimmung des § 705 doch wohl nicht bloß auf einer schlechten Terminologie des Gesetzes, wie Hoeniger meint, beruhen kann.

Und weiter ist gegen Hoeniger festzustellen: Selbstverständlich hindert nichts die Parteien, den Zweck selbst zum Vertragsinhalt zu machen.

Daß dies bei dem Abschluß einer Gesellschaft sogar logisch notwendig ist, zeigt folgende Überlegung:

Nehmen wir den Fall an, A. habe Gelegenheit, Waren sehr vorteilhaft zu verkaufen, ohne aber selbst solche zu besitzen. Er will nun den Zweck verfolgen, sich in die Lage zu versetzen, die Ware verkaufen zu können (bezeichnen wir dies als „entfernteren Zweck"). Dieser entferntere Zweck ist nun das Motiv dafür, daß A. einen „näheren" Zweck realisieren will[1]: Er will sich die Ware verschaffen. Dies kann er nun direkt so machen, daß er einen Vertrag mit gegenseitigen Leistungspflichten abschließt, d. h. die Ware kauft. Der nähere Zweck, weshalb er die Ware kauft, ist also, daß er sich das Eigentum an der Ware verschaffen will. Er kann nun diesen Zweck auch dadurch erreichen, daß er mit einem andern einen Gesellschaftsvertrag abschließt, mit dem Zweck, gemeinsam die Ware zu kaufen. Vielleicht kann er auf diese Weise die Sache besser und sicherer erhalten. Er wird dann versuchen, gemeinsam mit dem Gesellschafter diesen näheren Zweck, die Eigentumsverschaffung, durch Abschluß eines Kaufvertrags zu realisieren. Hier schiebt sich also zwischen den näheren Zweck und seine Realisierung ein Rechtsgeschäft ein, das eben die Realisierung vermitteln soll. Nun könnte man sagen, der Wille, die Sache zu bekommen, sei genau so das Motiv für den Abschluß des Gesellschaftsvertrages, wie der Wille, die Ware zu verkaufen, das Motiv ist zu dem direkten Abschluß des Kaufvertrags. Dies ist richtig und nicht richtig. Richtig ist es insofern, als diese beiden Willensbestrebungen jeweils die nächsten Voraussetzungen des Abschlusses der beiden Verträge sind, unrichtig aber in einer Richtung, die schon angedeutet worden ist: Wir haben oben als „näheren Zweck" bezeichnet die Eigentumsverschaffung der Ware. Wird nun direkt ein Kaufvertrag abgeschlossen, so ist diese Zwecksetzung das Ergebnis einer inneren Überlegung und es braucht vor Abschluß des Vertrags an sich niemand etwas davon zu erfahren. Wird der Kaufvertrag abgeschlossen, so muß dieser Zweck natürlich sofort Vertragsinhalt werden, und so ist es daher selbstverständlich nicht möglich, den Willen das Eigentum an der Ware sich zu verschaffen, als Motiv des Kaufvertrags zu bezeichnen.

Will A. nun aber gemeinsam mit einem andern die Ware kaufen, und schließt er dazu einen Gesellschaftsvertrag, so will er gewissermaßen sich selbst ergänzen. Er geht also einen Vertrag ein, durch den er eine Personengemeinschaft begründet. Dazu muß er aber notwendigerweise eine Willenserklärung dahingehend abgeben, daß er zu irgend einem bestimmten Zwecke die Gesellschaft begründen wolle, und der andere muß diese Erklärung annehmen. Das heißt aber, der Zweck muß

[1] Die Bezeichnung „näherer Zweck" entspricht ungefähr dem, was Peter Klein a. a. O. S. 52 darunter versteht: „Die Bedürfnisbefriedigung, welche durch die Erfüllung der einzelnen Forderung in der zusammengesetzten Obligation bewirkt wird." Auch der „entferntere Zweck" entspricht ungefähr dem, was Klein darunter begreift: „Die durch die zusammengesetzte Obligation angestrebte Bedürfnisbefriedigung".

zum Inhalt des Vertrags gemacht werden[1]. Denn ein Gesellschaftsvertrag ohne Vereinbarung über seinen Zweck gleicht dem Messer ohne Heft und Klinge.

Man versuche nur einmal einen Vertrag zu bilden, der ausschließlich die objektiven Kriterien Hoenigers enthält. A. würde dem B. dann den Abschluß folgenden Gesellschaftsvertrags offerieren: Wir wollen ein gemeinschaftliches Vermögen bilden, indem ich X Mark und Du Y Mark beiträgst. Den Gewinn wollen wir im Verhältnis X : Y teilen. Unsere Leistungen sollen wechselseitig bedingt sein. Damit wäre zweifellos ein Gesellschaftsvertrag noch nicht geschlossen. Denn einen Sinn bekommt die ganze Abmachung eben erst, wenn man auch Antwort erhält auf die Frage: Zu welchem Zweck willst Du überhaupt diesen Vertrag abschliessen? Beim synallagmatischen Vertrag geht dieser Zweck schon aus dem Vertrag selbst hervor. Wer einen Kaufvertrag abschließt, will selbstverständlich die Sache zu Eigentum u. s. w. Beim Gesellschaftsvertrag muß der Zweck erst noch vereinbart werden, wenn der Vertrag einen Sinn haben soll, und dieser Zweck ist bei der Gesellschaft notwendigerweise ein gemeinschaftlicher.

Sind wir uns so über die Bedeutung des Zwecks klar geworden, so lassen sich auch die anderen Einwendungen Hoenigers gegen die Hereinnahme des Zweckmomentes als Kriterium erledigen. Hoeniger sagt, von einem gemeinsamen Zweck könne bei der Gesellschaft oft nicht gesprochen werden, vielmehr bezwecke oft jede Partei etwas anderes. Um bei unserem Beispiel zu bleiben: der eine könnte die gemeinsam gekaufte Ware wieder verkaufen wollen, während der andere sie für sich verbrauchen will. Umgekehrt könnte beim Synallagma der Zweck in Wahrheit ein gemeinsamer sein. Dieser Einwand beruht auf einer Verwechslung des näheren und des entfernteren Zwecks; der nähere Zweck ist beim Synallagma immer entgegengesetzt; er geht immer auf Bewirkung entgegengesetzter Leistungen. Bei der Gesellschaft dagegen ist er immer gemeinsam; dagegen kann es bei dem entfernten Zweck gut umgekehrt sein. Und nur dieser entfernte Zweck ist als Motiv im juristischen Sinn rechtlich unbeachtlich.

Wir kommen also zu dem Satz: Bei der Gesellschaft ist der gemeinschaftliche Zweck notwendig Vertragsbestandteil und Kriterium des Begriffs[2].

Konnten wir den Ergebnissen Hoenigers insoweit nicht folgen, so werden wir am Ende doch dazu gelangen, die Gesellschaft im Gegensatz zum Synallagma zu stellen. Und zwar aus dem Gesichtspunkt heraus, daß ein „gemeinsamer Zweck" sich mit dem gegenseitigen Vertrag nicht vereinigen läßt. Denn bei diesem muß auf beiden Seiten eine Leistungs-

[1] Er wird Inhalt des „Grundgeschäfts im Sinne von Stampe. Das Kausaproblem im Zivilrecht 1904 und von Nordmann, die Grundgeschäftswirkungen der Gesellschaft des BGB.

[2] Ebenso die herrschende Meinung: Schollmeyer a. a. O. S. 73; Knoke, Gesellschaft S. 12; Goldmann-Lilienthal a. a. O. S. 728; Gierke, Deutsches Privatrecht Bd. III S. 828.

pflicht erwachsen, „von denen die eine um der andern willen eingegangen ist“[1]. Das bedeutet aber Entgegengesetztheit der Zwecke, die mit der Gemeinsamkeit einen begrifflichen Gegensatz bildet. Man kann hier die Begründung Titzes[2] Wort für Wort unterstreichen: „Die Leistung des einen Gesellschafters ist nicht der juristische Zweck, um dessetwillen sich der andere Gesellschafter verpflichtet. Der juristische Zweck des Gesellschaftsvertrags ist vielmehr die Erreichung des gemeinschaftlich erstrebten Zieles; die einzelnen Beiträge sind nur Mittel zu diesem Zweck.“

In dieser Lagerung des Zweckmoments liegt auch der Grund für die Erscheinung, daß die Zahl der Parteien bei der Gesellschaft eine unbeschränkte ist, denn zwar einen gemeinschaftlichen Zweck können unbestimmt viele Parteien verfolgen, nicht aber entgegengesetzte Zwecke.

Zu demselben Ergebnis wird man auch hingeführt, wenn man die Vorschriften der §§ 320 ff. BGB. und ihre Anwendbarkeit auf die Gesellschaft betrachtet. Dazu ist aber zunächst noch die Vorfrage zu behandeln, wer eigentlich Gläubiger der Beitragsforderung bei der Gesellschaft ist. Hier erscheint uns die herrschende Ansicht[3] richtig, die meint, daß nicht die Gesamtheit der Gesellschafter, sondern jeder einzelne Gesellschafter die Leistung verlangen kann. Denn es trifft der § 432 zu, nach dem im Falle einer unteilbaren Leistung jeder Gläubiger Leistung an alle verlangen kann; der Anspruch ist zwar an sich teilbar, „allein wegen des Zwecks, der zur Folge hat, daß kein Gesellschafter über seinen Anteil verfügen kann, stellt sich die Leistung rechtlich als unteilbar dar“[4]. Ferner kommt die Analogie mit § 2039 BGB. in Betracht, in dem ein allgemeiner Gesichtspunkt zutage tritt, wie aus den Protokollen[5] hervorgeht. Vor allem aber ist davon auszugehen, daß die Verpflichtungen des Gesellschafters auf den Gesellschaftsvertrag zurückgehen und in diesen hat er sich nicht der Gesellschaft, sondern den übrigen Gesellschaftern gegenüber verpflichtet[6]. Gegen eine Verpflichtung der Gesamthand gegenüber spricht übrigens noch, daß diese zur Zeit des Vertragsschlusses noch gar nicht besteht, vielmehr erst durch diesen entsteht[7]. Dieser Standpunkt ist freilich sehr umstritten[8]. Dagegen ist es so gut wie einhellige Meinung, daß Leistung nur an a l l e verlangt werden kann.

---

[1] Titze a. a. O. S. 163 Anm. 1.

[2] Titze a. a. O. S. 309.

[3] Planck-Lobe zu § 705 Anm. 6 und zu § 718 Anm. 1 A, a; Knoke, Gesellschaft S. 33, 77 und 99; Staudinger-Kober zu § 705 VI,1; Örtmann zu § 718 Anm. 2 a; Ehrenberg S. 722; Düringer-Hachenburg S. 81; Engelmann S. 387; Affolter S. 225 und 238; Rudolf Müller S. 32; Crome, System, S. 775; Becker S. 26; Gustav Müller S. 409; RG. in ständiger Rechtspr. vor allem Bd. 71 S. 33, Bd. 100 S. 144.

[4] RG. Entsch. Bd. 70 S. 33.

[5] Prot. Bd. V S. 863—865.

[6] Knoke, Gesellschaft, S. 34.

[7] Vgl. insbes. Rudolf Müller, S. 32 ff., Rudolf Meyer S. 40 ff.

[8] Gegen die herrschende Meinung sind insbesondere Enneccerus S. 508; Schollmeyer S. 143; Dernburg 1. Aufl. Bd. II S. 544; Kohler II,1 S. 398 ff.; Silberschmidt S. 111; Endemann S. 1134; Nordmann S. 33.

Was nun die Anwendbarkeit der §§ 320 ff. betrifft, so hat Hoeniger[1] mit vollem Recht darauf hingewiesen, daß es durchaus inkonsequent ist, wenn die herrschende Meinung die Gesellschaft zwar für einen gegenseitigen Vertrag erklären will, die Vorschriften der §§ 320 ff. aber trotzdem nur „entsprechend", d. h. analog anwenden will. Denn wenn es sich wirklich bei der Gesellschaft um einen gegenseitigen Vertrag handelt, dann folgt mit logischer Konsequenz, daß die für diese geltenden Vorschriften unmittelbar zur Anwendung kommen müssen. Unter der herrschenden Meinung ist es nun aber wieder in hohem Maße streitig, inwieweit die Vorschriften der angeführten Paragraphen „entsprechend" angewandt werden können.

So will Planck[2] und im Anschluß an ihn Knoke und Crome[3] die Vorschriften nur dann unbedingt zur Anwendung bringen, wenn die Gesellschaft aus zwei Parteien besteht, während dies dann, wenn mehrere Gesellschafter vorhanden sind, nur mit großer Einschränkung der Fall sein soll. Dies würde aber eine Trennung des einheitlichen Rechtsgebildes an einem entscheidenden Punkt in zwei verschiedene Gesellschaftsarten bedeuten, für die das Gesetz nicht den geringsten Anhaltspunkt bietet. Ebenso inkonsequent wäre es vom Standpunkt der herrschenden Meinung, wenn man die Einrede des nicht erfüllten Vertrags nur dann gewähren will, wenn der den Beitrag einklagende Gesellschafter selbst im Rückstand mit der Leistung ist[4]. Gewährt man sie aber, solange irgend ein Gesellschafter mit seinem Beitrag im Rückstand ist[5], so ist das zwar vom Standpunkt der herrschenden Meinung aus durchaus folgerichtig, aber in den praktischen Auswirkungen völlig unhaltbar, da es zumal bei Gesellschaften mit sehr viel Mitgliedern zu einem Privileg des faulen Schuldners führen würde[6]. Dieselbe Unstimmigkeit ergibt sich beim Versuch der Anwendung der §§ 323 ff. über die Unmöglichkeit. Und die Anwendbarkeit der Vorschriften über den Verzug § 326 ff. werden inkonsequenterweise — aber im praktischen Ergebnis durchaus mit Recht — auch von der herrschenden Meinung abgelehnt, wenigstens für den Fall, daß die Tätigkeit der Gesellschaft schon begonnen hat[7]. „Denn dem Gesetze kann unmöglich die Absicht unterstellt werden, daß es nur an einem wichtigen Grund, daher regelmäßig nur an vorsätzliche oder grobfahrlässige Verletzung der Rechte der andern das Recht auf Auflösung und Auseinandersetzung knüpfen (§ 723), das viel einschneidendere, weil rückwärts-

[1] Hoeniger a. a. O. S. 209.

[2] Planck a. a. O. Vorbem. zu § 705 Anm. IV.

[3] Knoke, Gesellschaft S. 43 und Crome, System S. 771 ff.

[4] Planck, Vorbem. vor § 705 Anm. IV; Knoke, Gesellschaft S. 43. Ihre Anschauung läßt sich jedenfalls nicht aus § 320 begründen.

[5] Goldmann-Lilienthal S. 739; Oertmann zu § 705 Anm. 4 c.

[6] Bezeichnend ist, daß Gustav Müller a. a. O. S. 409 die Einrede des nichterfüllten Vertrags nie zur Anwendung bringen will, obgleich er den Gesellschaftsvertrag für einen gegenseitigen hält.

[7] Planck, vor § 705 Anm. IV, RG. in ständig. Rechtspr. insbes. Bd. 78 S. 303, Bd. 81 S. 303 und Bd. 89 S. 334.

wirkende Recht des Rücktritts ohne diese Voraussetzung lediglich nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen hätte gewähren wollen. Daher ist bei der zur Ausführung gebrachten Gesellschaft die Anwendbarkeit des § 326 BGB. gegenüber § 723 zu versagen[1]." Es fragt sich nur, wie die herrschende Meinung die Trennung zwischen zur Ausführung gelangten und noch nicht zur Ausführung gelangten Gesellschaften aus dem Gesetze oder aus dem Wesen der Gesellschaft rechtfertigen will, ganz abgesehen davon, daß die Trennungslinie selbst eine sehr unklare ist. U. E. dürfte eben aus den unüberwindlichen Schwierigkeiten, die dem Versuch der Anwendung der Vorschriften der §§ 320 ff. entgegenstehen, gefolgert werden, daß sie einfach nicht passen, und zwar eben weil sie nur auf Verträge gemünzt sind, bei denen zwei entgegengesetzte Zwecke vorhanden sind, nicht aber auf solche mit gemeinschaftlichem Zweck der Parteien[2]. Dies gilt um so mehr, als das Gesetz in den §§ 723 ff. ein besonderes, dem durch die Gemeinschaftlichkeit des Zwecks hervorgerufenen Vertrauensverhältnis der Partei entsprechendes Recht der Beendigung für die Gesellschaft geschaffen hat, mit dem man zusammen mit den Bestimmungen des allgemeinen Vertragsrechts gut auskommt, ohne die Vorschriften über die gegenseitigen Verträge zu benötigen. Dies scheint uns Titze[3] durchaus zwingend nachgewiesen zu haben. Auch die Einrede des gegenseitigen Vertrags nach § 320 bei Nichterfüllung der Leistungen ist u. E. durchaus entbehrlich. Denn wird durch die Nichtleistung der Parteien die Zweckerreichung unmöglich gemacht, so löst sich die Gesellschaft nach § 726 BGB. ipso iure auf. Im übrigen besteht, wenn die Gesellschaft nicht auf bestimmte Zeit eingegangen ist, nach § 723 Abs. 1 Satz 1 ein jederzeitiges Kündigungsrecht, wenn sie auf bestimmte Zeit abgeschlossen ist, ein Kündigungsrecht wenigstens aus wichtigem Grunde. Dies reicht zusammen mit den allgemeinen Vorschriften der §§ 280 ff. vollkommen aus. Dazu kommt noch, daß dem Gesellschafter ein Rückbehaltungsrecht nach § 273 zusteht, und daß dieses zu dem durchaus billigen Ergebnis Plancks und Knokes führt, das wir oben als aus § 320 nicht hervorgehend bezeichnet haben: daß nämlich der Schuldner nur die Rückständigkeit des Beitrags des Klagenden, nicht aber eines anderen Gesellschafter gelten lassen kann[4].

[1] RG. Bd. 81 S. 306.

[2] Wenn Kurt Meyer a. a. O. S. 16 als selbstverständlich annimmt, daß nicht alle Vorschriften der §§ 320 ff. bei der Gesellschaft zur Anwendung kommen sollen und S. 20 fortfährt, daß man „bei Nennung des Zweckbegriffs sofort auf den prinzipiellen Gegensatz, durch den die Stellung der Gesellschaft gegenüber den anderen gegenseitigen Verträgen (den Tauschverträgen) hingeleitet" werde, und wenn er den Gegensatz bezeichnet als „— Identität der Zwecke — Verschiedenheit der Zwecke", so wäre von seinem Standpunkt aus durchaus naheliegend gewesen, eben die Gesellschaftsverträge nicht zu den gegenseitigen Verträgen zu rechnen und nicht sie ihnen unterzuordnen.

[3] Titze a. a. O. S. 313 ff.

[4] Die Einzelheiten hier zu behandeln läge außerhalb des Rahmens der Arbeit. Es muß daher hinsichtlich der verschiedenen Ansichten auf Kurt Meyer, die Geltung der Bestimmung über die gegenseitigen Verträge im Gesellschaftsrecht des BGB. Diss. 1900 verwiesen werden

Mit diesen Ausführungen stehen wir auch in Widerspruch mit der Ansicht Hoenigers S. 249 ff., der die Vorschriften der §§ 320 ff. prinzipiell zur Anwendung bringen will. Daß die Ansicht Hoenigers nicht mit seiner allgemeinen Ansicht über das Wesen der Gesellschaft übereinstimmt, hat Knoke[1] zutreffend ausgeführt.

Das Ergebnis ist also: Während „Entgeltlichkeit" und „Unentgeltlichkeit" sich durch die Verschiedenartigkeit der Wertbeziehungen unterscheiden, trennen sich Synallagma und Gesellschaft durch die Verschiedenartigkeit des Zwecks.

Zu den synallagmatischen Verträgen sind auch die partiarischen Geschäfte zu rechnen, d. h. solche Geschäfte, bei denen die Gegenleistung in Anteilen an dem Gewinn besteht, der durch die Gegenpartei erzielt wird. Denn ein Handeln zu einem gemeinschaftlichen Zweck liegt hier nicht vor, sondern nur ein Austausch verschiedenartiger Leistungen[2].

Es bleibt nun aber noch zu untersuchen, was es mit den Hoenigerschen objektiven Unterscheidungsmerkmalen auf sich hat. Fragen wir uns nun, was für Reflexe die Gemeinschaftlichkeit bzw. die entgegengesetzte Lagerung der Zwecke auf die objektive Seite des Vertragsinhalts von Gesellschaft bzw. Synallagma werfen muß, so zeigt sich das folgende Ergebnis. Zunächst beim synallagmatischen Vertrag: wenn beide Parteien die unmittelbare Realisierung ihrer nächsten entgegengesetzt liegenden Zwecke herbeiführen wollen, so müssen sie zunächst vereinbaren, daß jede Partei unmittelbar an die andere leisten soll, d. h. ohne daß es durch ein „Medium" gehen soll.

Soll dagegen ein gemeinschaftlicher Zweck erreicht werden, so werden die Parteien ihre Leistungen nicht unmittelbar gegeneinander austauschen, sondern vielmehr in ein Medium, ein Gesellschaftsvermögen fliessen lassen, um mit dessen Hilfe den Zweck verwirklichen zu können. Daß die Gesellschaft die „mittelbare" Entgeltlichkeitsform ist, erscheint also lediglich als Konsequenz des Umstands, daß der Zweck ein gemeinsamer ist, oder wie sich Ehrenberg[3] treffend ausdrückt, das Vermögen der Gesellschaft besteht „in Fortführung ihrer Zwecke"[4]. Es ist nun durchaus richtig, mit Hoeniger anzunehmen, daß die Entgeltlichkeit (i. w. S. im Gegensatz zum Synallagma als der Entgeltlichkeit i. e. S.) lediglich entweder mit entgegengesetzt liegenden Zwecken (Synallagma) oder gemeinschaftlichen Zwecken (Gesellschaft) auftauchen kann. Eine dritte Unterform, wie sie Schreiber annimmt, ist logisch unmöglich, es gibt auch keinen Fall in der Praxis, der hierfür in Betracht kommen könnte. Bei den Fällen des „freiwilligen Entgelts", die Schreiber[5] in einer weiteren

[1] Knoke Z. H. R. Bd. 73 S. 44.

[2] Knoke, Gesellschaft S. 12; Plank S. 1266; RG. Bd. 90 S. 15; Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte 1899.

[3] Ehrenberg a. a. O. S. 717.

[4] Ähnlich Jörges a. a. O. S. 213.

[5] Schreiber a. a. O. S. 177 ff.

Gruppe zusammenfaßt, handelt es sich in Wahrheit großenteils lediglich um Fälle der nachträglichen Änderung des Vertragsinhalts, wie es z. B. bei dem Fall liegt[1], wenn für eine unentgeltlich übernommene Leistung später ein Honorar gegeben wird. Das Trinkgeld aber ist nach allgemeiner Ansicht des Verkehrs doch wohl als Schenkung aufzufassen, freilich als eine Schenkung besonderer Art, die nach § 534 BGB. zu beurteilen ist. Die heftig umstrittene Frage kann hier im einzelnen nicht behandelt werden[2].

Wir haben im Vorigen die Frage behandelt, ob die Gesellschaft als gegenseitiger Vertrag anzusehen sei, wir haben damit die Verbindung des Begriffs Entgeltlichkeit mit dem Moment des gemeinschaftlichen Zwecks behandelt. Es wäre nun noch die Frage zu behandeln, inwieweit ein gemeinschaftlicher Zweck möglich ist beim Vorliegen der Unentgeltlichkeit; mit anderen Worten: es wäre das Problem der „unentgeltlichen Gesellschaft" zu erörtern. Die folgende Darstellung wird aber ergeben, daß bei der Beantwortung der Frage Gesichtspunkte von maßgebender Bedeutung sein werden, die erst bei der Behandlung des Hauptproblems — über die gemischten Verträge — auftauchen; dies rechtfertigt die spätere Behandlung des Problems.

Zweiter Unterabschnitt.

Das Problem der gemischten Gesellschaftsverträge im allgemeinen.

§ 8.

Die gesetzliche Regelung bei den synallagmatischen und bei den Gesellschaftsverträgen.

Im vorigen wurde darzulegen versucht, daß die Gesellschaft des BGB. als zweiter Unterfall der Entgeltlichkeit i. w. S. ein auf gleicher Stufe mit dem Synallagma stehender Tatbestand ist. Das bedeutet zugleich, daß sie vom Inhalt der Leistungspflicht unabhängig ist[3]. Die Leistungspflichten können nun sowohl bei den synallagmatischen wie bei den Gesellschaftsverträgen begrifflich die verschiedenartigsten sein.

Das Gesetz geht bei den synallagmatischen Verträgen in Anlehnung an das römische Recht und die wissenschaftliche Entwicklung den Weg, daß es einzelne besonders häufige Kombinationen von Leistungspflichten herausstellt und als Vertragstypen besonders regelt.

Im Gegensatz dazu schlägt das BGB. bei der Gesellschaft andere Wege ein. Hier besteht zunächst die schon zitierte allgemeine Vorschrift des § 705: „Durch den Gesellschaftsvertrag verpflichten sich die Gesell-

[1] Schreiber a. a. O. S. 177.
[2] Vgl. hierüber Oertmann, Entgeltliche Geschäfte, S. 44.
[3] Hoeniger a. a. O. S. 18.

schafter gegenseitig die Erreichung eines gemeinsamen Zwecks in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern, insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten[1]".

Über den Inhalt der Beiträge bestimmt das Gesetz nichts näheres. Nur § 706 Abs. 2 Satz 1 spricht eine Vermutung aus dahingehend, daß beigebrachte vertretbare und verbrauchbare Sachen gemeinschaftliches Eigentum der Gesellschafter werden sollen, und im Satz 2 desselben Absatzes dehnt das Gesetz dies auf nicht vertretbare Sachen aus, die nach einer Schätzung beigebracht sind. Abs. 3 des § 706 spricht von der Möglichkeit der Leistung von Diensten als Beitrag. Bei andern Vorschriften scheint in erster Linie an eine Geldleistung gedacht.

Rechtssätze über die verschiedenen Beitragspflichten sind aber, abgesehen von zwei Vorschriften (§ 706 Abs. 2 und § 707) nicht vorhanden, ebensowenig sind irgendwelche Kombinationen von Leistungspflichten als Vertragstypen herausgestellt, wie dies bei den synallagmatischen Verträgen der Fall ist.

So kommt es, daß „die Gemeinschaftsverträge ohne jede Abteilung sind; Gegenstands-, Dienst- und Werkleistung können hier in gleicher Weise vorkommen, ohne daß das Wesen des Gesellschaftsverhältnisses geändert wird[2].

Auf diese Weise bietet der Gesellschaftsvertrag eine Verbindung dessen, was bei Tauschgeschäften als Kauf-, Dienst- und Werkvertrag auseinanderfällt: er hat es mit Gegenstandsleistungen wie mit Dienstleistungen und Leistungen von Ergebnissen zu tun[3].

§ 9.

Das Problem der gemischten Verträge im allgemeinen und das Problem der gemischten Gesellschaftsverträge im besonderen.

Bei den synallagmatischen Verträgen sind nun sämtliche geregelten Vertragstypen mit einer Ausnahme dadurch charakterisiert, daß in den Gesetzesdefinitionen nur der Inhalt der Leistungspflicht der einen Partei bezeichnet ist[4]. Es war dabei an sich die Ansicht des Gesetzgebers, daß damit die Gegenleistung in jeder Art bestehen könne, ohne daß dies auf die Unterordnung unter den Haupttypus einen Einfluß haben könnte. Dies geht klar und deutlich aus den Motiven[5] hervor, die bei dem Miets-

[1] Über die Abgrenzung der Begriffe „Beitrag" und „Einlage" hat sich das Gesetz sehr unklar ausgedrückt; daher ist die Auslegung der Gesetzesstellen lebhaft umstritten. Über den Stand der Streitfrage vergl. Rud. Meyer S. 30 ff. In den folgenden Ausführungen kommt es nur darauf an, klare Begriffe zu haben. Wir verwenden daher „Beitrag" als Oberbegriff sowohl für die noch nicht bewirkte als für die bewirkte Leistung; als Unterbegriffe hiervon „Einlage" für die bewirkte, und „geschuldeter Beitrag" für die noch nicht bewirkte Leistung. Ähnlich Oertmann zu § 707, 2; Goldmann-Lilienthal S. 735; Rudolf Meyer S. 32.

[2] Kohler a. a. O. II. 1 S. 229.

[3] Kohler a. a. O. S. 398.

[4] Eine Ausnahme macht hier nur die Regelung des Kaufs. Vergl. unten.

[5] Motive II, S. 372.

vertrag ausführen: „Während im römischen Recht der Vertrag nur dann Miete ist, wenn die Gegenleistung in Geld besteht . . ., wird in dem Entwurf davon ausgegangen, daß Leistungen jeder Art als Gegenleistung für den Gebrauch der Sache vereinbart werden können." Im Verfolg der Behandlung der Vertragstypen sind aber dann jeweils Bestimmungen aufgestellt, die zum großen Teil nur dann ohne weiteres passen, wenn die Leistung in neutralem Geld besteht, die Schuld also eine „Wertschuld"[1] ist. Dies bewirkt, daß es sehr fraglich erscheint, ob die gesetzlichen Normen in anderen Fällen tatsächlich zum Zuge kommen. Davon wird noch zu handeln sein.

Besteht nun die Gegenleistung nicht in Geld, sondern in anderen Leistungen, die in einem andern Vertragstypus geregelt scheinen, so fällt der Vertrag, wenigstens scheinbar, unter zwei Tatbestände, und die Gesamtheit der sich dabei ergebenden Komplikationen ergeben das Problem der gemischten Verträge in seiner speziellen Form bei den gegenseitigen Verträgen, das Problem der „gemischten Gegenseitigkeitsverträge"[2] oder der „Kombinationsverträge" (Zwitterverträge) im Sinne von Enneccerus[3].

Eine (durchaus willkürliche) Ausnahme von der allgemeinen Regelung macht hier lediglich das Kaufrecht[4]. Hier ist die Pflicht des Käufers zur Zahlung der Geldschuld in Abs. 2 des § 433 ausdrücklich formuliert. Das Problem entsteht aber auch hier dadurch, daß in den §§ 445 und 493 die „entsprechende" Anwendung der meisten Vorschriften über den Kauf auf „andere Verträge, die auf Veräußerung oder Belastung eines Gegenstandes gegen Entgelt gerichtet sind" verschreibt, was für den Tausch in § 515 noch ausdrücklich hervorgehoben ist.

Daß es sich in Wahrheit um kein Problem handle, wie Meerscheid-Hüllessem meint[5], ist aber durchaus unrichtig. Das Problem, das aus der Technik des BGB. entspringt, bliebe auch dann bestehen, wenn man den Ausführungen Meerscheids zustimmen würde, nach denen der Schein, daß ein Teil dem einen, ein Teil dem andern der besonders geregelten Vertragstypen zugehört, irrig sein soll. Meerscheid meint[6]: „Wenn ein einheitliches Geschäft geschlossen wird, so wird es nicht zum Teil Kauf, zum Teil Gesellschaft, weil der eine Teil Züge des Kaufs, ein anderer Züge der Gesellschaft trägt. Der Vertrag ist dann weder das eine noch das andere, sondern ein Vertrag eigener Art."

Daß sich dann diese „Verträge eigener Art" zwanglos und natürlich dem Rechtssystem einfügen, wie Meerscheid behauptet, ist aber durch-

[1] Kohler a. a. O. S. 110.
[2] Hoeniger a. a. O. S. 53.
[3] Enneccerus a. a. O. S. 298.
[4] Hoeniger a. a. O. S. 82.
[5] Meerscheid-Hullessem, Gemischte Verträge und Verträge eigener Art, DJZ. 1910, Zeile 856 ff.
[6] Meerscheid-Hullessem a. a. O. Zeile 856.

aus nicht richtig. Dies zeigt schon die große Uneinigkeit der Meinungen, die über die Frage auftauchen, inwieweit die Vorschriften der einzelnen Vertragstypen in solchen Fällen angewandt werden können. Diese Streitfrage besteht auch bei den Schriftstellern, die an sich Meerscheid insoweit zustimmen, daß sie die Unterordnung unter die Normen der einzelnen Vertragstypen nicht ohne weiteres annehmen[1].

Daß das Gesetz nur eine Regelung geben konnte, die lediglich auf eine neutrale Geldgegenleistung derart paßt, daß keine besonderen Komplikationen gerade durch die Art der Gegenleistung entstehen, entspricht durchaus dem wirtschaftlichen Stande der Gegenwart, in der das Geld als allgemeines Zahlungsmittel fungiert, und in der daher sämtliche im Verkehrsleben stereotyp gewordenen gegenseitigen Verträge auf Gegenleistung in Geld abgestellt werden mußten; es hat seinen Grund aber weiter auch darin, daß die Regelung des Vertrags in diesem Falle jedenfalls am einfachsten und klarsten sein konnte.

Man könnte so das ganze System der synallagmatischen Verträge logisch in 2 Gruppen teilen, in solche, bei denen die Gegenleistung in Geld besteht und in solche, bei denen sie in anderen Leistungen entsteht[2].

Derartige Vertragstypen wie beim Synallagma bestehen aber bei der Gesellschaft gar nicht. Denn wenn das BGB. beim gegenseitigen Vertrag einzelne Schuldverhältnisse, die im Verkehr eine Hauptrolle spielen, hervorhebt, so wäre dies bei den Gesellschaftsverträgen nicht einmal denkbar. Zunächst ist hervorzuheben, daß es eine „Gegenleistung" bei der Gesellschaft nicht gibt, da die Beiträge zur Erreichung eines gemeinschaftlichen Zweckes dienen, und nicht zwei entgegengesetzte Zwecke vorliegen, die durch zwei entgegengesetzte Leistungen realisiert werden sollen.

Nun kann aber einerseits der gemeinschaftliche Zweck ein denkbar verschiedenartiger sein, weiter ist die Zahl der Gesellschafter nicht auf zwei beschränkt, sondern völlig beliebig; die Beiträge selbst zur Erreichung des Zwecks können wieder jeder Art sein. Sie können unter sich wieder variieren und sie können gleichartig sein. Dies bringt eine so unendliche Fülle von möglichen Kombinationen hervor, daß sich bestimmte Typen im Verkehr überhaupt nicht bilden können. Eine Ausnahme mag lediglich der Fall bilden, daß alle Beiträge gleichartig sind und daß alle in abstrakten Wertleistungen bestehen. In diesem Fall lassen sich Regeln über die Gesellschaftsverträge geben, die nicht durch die Art der Leistung kompliziert sind.

Dem ist das Gesetz gefolgt. Es läßt zwar die Möglichkeit offen, daß die Leistungen verschiedenartig sind; es bestimmt ausdrücklich, daß

[1] Schreiber a. a. O. S. 209 und Knoke Z. H. R. Bd. 75 S. 434.

[2] Man könnte mit Hoeniger sagen, daß der Vertrag mit Geldgegenleistung in Wahrheit logisch ein Ausnahmefall ist, während die Verträge mit sonstigen Gegenleistungen das Normale sind.

die Beiträge auch in anderem als Geld bestehen können. Ohne Schwierigkeit können die Bestimmungen aber nur für den Fall zur Anwendung kommen, daß die Leistungen gleichartig sind und daß sie in Geld bestehen.

Was die Möglichkeit der Gleichartigkeit der Leistungen betrifft, so liegt hierin eine besondere Eigenart der Gesellschaft zu erblicken. Denn im Gebiete der gegenseitigen Verträge wäre etwas derartiges überhaupt völlig undenkbar. Zwar kennen auch die synallagmatischen Verträge Fälle, in denen auf beiden Seiten juristisch gleichartige Leistungen geschuldet werden, z. B. beim Tausch oder etwa bei einem gemischten Vertrag dahingehend, daß auf beiden Seiten Dienste geleistet werden sollen. In diesem Falle aber werden die Art der Dienste, die Art der zu Eigentum zu übertragenden Sachen[1] immer verschieden sein, da es selbstverständlich keinen „Zweck" hat, etwas zu verlangen, wenn man genau etwas Gleichartiges dafür hingeben soll.

Bei dem Normalfall der Gesellschaft handelt es sich aber gerade um ganz gleichartige Leistungen auf allen Seiten. Der Grund dieser eigenartigen Erscheinung liegt aber, um dies noch ausdrücklich hervorzuheben, in dem begründet, was wir oben als wichtigstes Unterscheidungsmerkmal der Gesellschaft vom gegenseitigen Vertrag festgestellt haben, in der Gemeinsamkeit des von den Parteien verfolgten Zwecks.

Entscheidende Bedeutung für die Lagerung des Problems der gemischten Gesellschaftsverträge hat es nun aber, daß, wie wir oben sahen, das Gesetz nur den Fall eingehend behandelt, in dem diese gleichartigen Beiträge in neutralen Wertleistungen bestehen. Sind die Beiträge aber andersartige Leistungen, so müssen dadurch notwendig Komplikationen entstehen. Das Problem liegt also hier: wie sind solche Beiträge zu behandeln? Finden etwa bei Einbringung einer Sache quoad usum die Vorschriften über Miete, bei Diensten als Beiträge die Vorschriften über den Dienstvertrag Anwendung, und wenn dies bejaht werden sollte, ist diese Anwendung eine direkte oder eine analoge, und wie weit geht sie? Wie steht es mit der Anwendbarkeit der Vorschriften über die Gesellschaft auf derartige Vertragsgebilde?

Auch hier fallen also scheinbar Normen verschiedener Vertragstatbestände zusammen, aber dieses Problem scheint doch durchaus anders zu liegen als bei den gemischten Gegenseitigkeitsverträgen.

Denn bei diesen sieht der Fall so aus, daß die Komplikationen dadurch entstehen, daß der Vertrag — jedenfalls scheinbar — unter Normen gleicher Größenordnung fällt, z. B. gleichzeitig unter Dienstvertrag und Miete; die Normen über den Gesellschaftsvertrag dagegen sind Normen einer höheren Ordnung, die mit den allgemeinen Vorschriften über die gegenseitigen Verträge auf einer Stufe stehen; und mit ihnen kollidieren hinsichtlich der Leistungspflicht scheinbar Normen aus einem

[1] Oder jedenfalls die Modalitäten, unter denen die Leistungen erfolgen sollen.

Spezialtatbestand des BGB. Daraus wäre aber weiter zu folgern, daß es mit der Anwendbarkeit der Normen über die Gesellschaft genau so steht wie mit den allgemeinen Bestimmungen über die gegenseitigen Verträge, d. h. ihre Anwendung ist ebenso selbstverständlich, wie daß z. B. bei Mietsverträgen die Vorschriften der §§ 320 ff. grundsätzlich ziehen. Sie muß also notwendig eine direkte sein. Die eigentliche Schwierigkeit wird also erst eigentlich bei der Frage der Anwendbarkeit der Spezialnormen beginnen.

Von „gemischten Gesellschaftsverträgen" oder „gemischten Verträgen mit Typenvermengung trotz eindeutiger Subsummierbarkeit" spricht nun Hoeniger[1] dann, wenn eine Verbindung typischer Leistungen aus den Vertragskategorien des besonderen Teils des Schuldrechts mit dem Tatbestande der Gesellschaft vorliegt, etwa dergestalt, daß ein Gesellschaftsbeitrag in einer Werk- oder Dienstleistung besteht (Tatbestandsstück des Werk- bzw. Dienstvertrags).

Gegen diese Terminologie wurden nun Einwände gemacht. Fränkel[2] findet sie deshalb unzutreffend, weil unter diesen Begriff alle Gesellschaftsverträge fallen würden, bei denen eine andere Leistung als Geld vorkommt. Da nun aber eine Gesellschaft nicht denkbar sei, bei der jeder Gesellschafter nur Geld zu zahlen und zu empfangen habe — „denn eine solche Gesellschaft würde jeden Zwecks entbehren" —, „so wären alle Gesellschaftsverträge gemischte Verträge". Dies ist natürlich kein stichhaltiger Einwand. Die Behauptung, daß eine Gesellschaft, deren Beiträge nur in Geld bestehen, nicht denkbar sei, ist einfach unrichtig; und inwiefern eine solche Gesellschaft keinen „Zweck" haben solle, scheint schlechterdings unersichtlich, zumal sie eine durchaus alltägliche Erscheinung ist.

Es ließe sich aber weiter einwenden, daß es unzweckmäßig sei, von „gemischten Verträgen" da zu sprechen, wo es sich um Kombinationen von Normen höherer Ordnung (Gesellschaft) und solcher niederer Ordnung (Dienstvertrag usw.) handle. Man rede ja auch nicht von gemischten Verträgen dann, wenn die Vorschriften der §§ 320 ff. über die synallagmatischen Verträge kombiniert werden mit denen des Dienstvertrags. Zur Kritik dieses Einwands müssen wir wieder von dem prinzipiellen Unterschied zwischen der Gesetzestechnik bei der Gesellschaft und der bei den gegenseitigen Verträgen ausgehen. Wir haben oben gesehen, daß das Problem der gemischten Verträge beim gegenseitigen Vertrag darin seinen Ursprung hat, daß das BGB. Spezialtatbestände schafft, von denen nur die eine Leistung näher bezeichnet ist, während die Art der Gegenleistung nicht berücksichtigt ist, so daß die Normen nur dann ohne besondere Schwierigkeiten sich anwenden lassen, wenn die Gegenleistung in Geld besteht. Das bedeutet aber mit

[1] Hoeniger a. a. O. S. 45.
[2] Fränkel a. a. O. S. 2.

anderen Worten: In diesen Fällen will die eine Partei ihren Zweck durch Hingabe eines neutralen Guts, des Gelds erreichen; die andere Partei aber will neutrales Geld bekommen gegen Hingabe einer nicht in Geld bestehenden Leistung. Im Gesellschaftsrecht ist aber ebenfalls eine Regelung so getroffen, daß die Normen ohne weiteres sich anwenden lassen nur bei Geldbeträgen zur Erreichung des gemeinschaftlichen Zwecks. Die gesetzliche Regelung ist also insofern hier völlig konform wie beim Synallagma; daß es hier in diesem Fall keine „andere Partei" gibt, die den Zweck verfolgt, Geld zu bekommen durch Hingabe von anderen Leistungen, folgt daraus, daß ja der Zweck ein gemeinschaftlicher sein muß. So muß also völlig entsprechend der Lage beim Synallagma dann die Komplikation entstehen, wenn der Zweck durch andere als Geldleistungen erreicht werden soll. Wird Gebrauchsbenutzung gegen Dienstleistung gewährt, so liegt, wie wir schon sahen, ein kompliziertes Vertragsgebilde vor, das Hoeniger zu den gemischten Gegenseitigkeitsverträgen, den „Kombinationsverträgen" von Enneccerus, rechnet. Ebenso liegt es aber, wenn der Gesellschaftszweck durch andere als Geldleistungen erreicht werden soll. Auch dann entstehen Komplikationen, die im Gesetz nicht vorgesehen sind.

Da es sich also bei dieser Art von Kombinationen bei Gesellschaft und Synallagma um Dinge handelt, die so viele gemeinsamen Merkmale haben, daß ein gemeinschaftlicher Oberbegriff zu bilden nötig ist, und da das gemeinsame in der besonderen Art der Kombination liegt, dürfte es sich empfehlen, hier in einem weiteren Sinn von Kombinationsverträgen zu handeln[1]. Die Unterart beim Synallagma wäre dann der „gegenseitige Kombinationsvertrag", die bei der Gesellschaft der „Gesellschaftskombinationsvertrag".

Solche Kombinationen sind nun aber in zweierlei Art möglich: Entweder die Leistungen, die die Parteien machen, sind gleichartig, oder sie sind ungleichartig; und zwar bestehen diese beiden Formen der Unterarten sowohl bei den Gesellschaftskombinationsverträgen als bei den gegenseitigen. Als Beispiele mögen dienen für die gleichartigen Kombinationsverträge der Tausch[2]. Derselbe Fall bei den Gesellschafts-

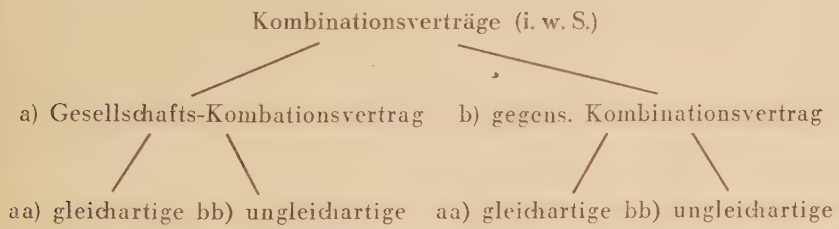
[1] Wir sind uns bewußt, daß diese Ausdrucksweise insofern nicht ganz genau ist als, wie wir im folgenden noch sehen werden, auch die Mischverträge überhaupt charakterisiert werden durch die besondere Art und Weise der Kombination. Der Ausdruck ist aber insofern zu empfehlen als er in Kürze ein e i n i g e r m a ß e n zutreffendes Bild über das Wesen dieser Gebilde bietet, und sich in der Literatur (durch Enneccerus) in seiner Erscheinung beim Synallagma schon eingeführt hat. Korrekt wäre „Mischverträge mit kombinierten Tatbestandsstücken".

[2] Diesen Fall rechnet Hoeniger S. 79 durchaus mit Recht zu den gemischten Gegenseitigkeitsverträgen, obgleich das Gesetz ihn scheinbar in § 515 regelt. Dieser Paragraph, nach dem auf den Tausch die Vorschriften über den Kauf entsprechend Anwendung finden sollen, könnte geradesogut im Gesetzbuch fehlen, und man wüßte dann auch nicht weniger über die Rechtssätze des Tauschs. Denn gerade bei der Anwendbarkeit der Vorschriften über den Kauf auf den Tausch entstehen die Komblikationen und dise sind genau dieselben wie die beim Zwittervertrag, denn sie entstehen eben dadurch, daß die Gegenleistung nicht in einer abstrakten Wertleistung besteht.

kombinationsverträgen wäre etwa, daß sämtliche Gesellschafter Sacheinlagen zu machen hätten. Dabei muß man sich allerdings darüber klar sein, daß, wie oben aufgeführt, bei der Gesellschaft die Gleichartigkeit sich bis zur völligen Gleichheit steigern kann, während dies beim Synallagma nicht möglich ist.

Ein Beispiel für die ungleichartigen gegenseitigen Kombinationsverträge wäre der Portiervertrag; bei der Gesellschaft wäre hierher der Fall zu nehmen, daß der eine etwa Dienste und der andere Sachen beizubringen hätte. Bei den Gegenseitigkeitsverträgen erschöpfen die beiden behandelten Unterarten („gleichartige" und „ungleichartige") der Kombinationsverträge ausschließlich den Begriff. Bei den Gesellschaftsverträgen ist dagegen noch der Fall möglich, daß die Beiträge zum Teil in Geldleistungen, zum Teil aber in anderen Leistungen bestehen. Diese Fälle bieten aber juristisch keine Besonderheiten. Es handelt sich vielmehr um eine Zwischenform zwischen den eindeutigen Gesellschaftsverträgen und den Kombinationsgesellschaftsverträgen und die Probleme, die dabei auftauchen, finden sich schon bei diesen Vertragsgebilden.

Wir hätten also folgendes Schema:



Nachdem wir nun zu einem System der Kombinationsverträge gekommen sind, kehren wir zu dem Ausgangspunkt zurück, nämlich der Frage, ob wir auf die gleichartigen Kombinationsverträge den Ausdruck „gemischte Verträge" anwenden können. Es handelt sich hier lediglich um eine terminologische, also Zweckmäßigkeitsfrage. Und da werden wir doch sagen müssen: wenn wir den Ausdruck auf die gegenseitigen Kombinationsverträge anwenden, müssen wir ihn im logisch gleichgelagerten Fall bei den Gesellschaftsverträgen ebenfalls gebrauchen. Es fragt sich allerdings, ob dieser der einzig denkbare Fall der gemischten Gesellschaftsverträge ist.

Es ist richtig, daß es sich hier um spezielle Formen der Gesellschaft handelt. Aber auch hier treten Leistungspflichten auf, über die sich bei anderen Vertragstypen Normen finden, genau wie bei den gemischten Gegenseitigkeitsverträgen.

Es ist nun zunächst zu untersuchen, was überhaupt das Wesen des gemischten Gesellschaftsvertrags ausmacht.

§ 10.

Begriff der gemischten Verträge im allgemeinen und Begriff der gemischten Gesellschaftsverträge im besonderen.

Im folgenden soll zunächst der Begriff des gemischten Vertrags im allgemeinen und dann der des gemischten Gesellschaftsvertrags klargestellt werden. Dabei ist davon auszugehen, daß es sich hier nur darum handeln muß, festzulegen, wann eigentlich das Problem auftaucht, nicht aber, wie es zu lösen ist. In den im folgenden aufgestellten Definitionen soll also diese zweite Frage nicht berührt werden, vielmehr nur gefragt werden, wie ein Vertrag äußerlich aussehen muß, damit wir ihn als gemischten Vertrag, bzw. als gemischten Gesellschaftsvertrag bezeichnen können.

Hoeniger[1] stellt seinem Werk über die gemischten Verträge folgende Definition vor: „Gemischte Verträge sind solche, deren Tatbestand eine im Gesetz nicht vorkommende Verbindung einzelner im Gesetz unter verschiedenen Vertragskategorien normierter Tatbestandsstücke enthält." Diese Definition kann nicht unwidersprochen bleiben. Denn wir haben oben gesehen, daß es Verträge gibt, bei denen die Tatbestandsstücke durchaus nicht aus verschiedenen Vertragskategorien stammen, die Hoeniger selbst zu den Mischverträgen rechnet: nämlich die Vertragsformen, die wir oben als gleichartige Kombinationsverträge bezeichnet haben. Dies zeigt sich ohne weiteres bei den gegenseitigen Kombinationsverträgen. Denn weder der Tausch, noch die Doppelmiete sind unter verschiedenen Vertragskategorien geregelt. Das Eigentümliche besteht hier vielmehr darin, daß hier Tatbestandsstücke in einer K o m b i n a t i o n erscheinen, die im Gesetz im einzelnen nicht geregelt ist.

Im Grund nicht viel anders liegt es bei den gleichartigen gemischten Gesellschaftsverträgen, denn die „Vermischung" besteht hier genau betrachtet darin, daß sich die Tatbestandsstücke, — die Leistungen, die durchaus gleichartig sind —, in einer besonderen Kombination treffen, die das Gesetz im einzelnen nicht vorgesehen hat, nämlich nicht in der Kombination des gegenseitigen Vertrags, sondern in der der Gesellschaft.

Daraus geht aber weiter hervor, daß die Bezeichnung Hoenigers, die dieser den gemischten Gesellschaftsverträgen gibt[2] und die bisher geflissentlich vermieden wurde: „Grundform mit Typenvermengung trotz eindeutiger Subsumierbarkeit" durchaus nicht das Wesen der Sache trifft. Denn wenn man diese Kategorie in Gegensatz stellt zu den gegenseitigen Kombinationsverträgen, die Hoeniger als „Grundform mit Typenvermengung bei doppelter Subsumierbarkeit" bezeichnet[3], so be-

[1] Hoeniger a. a. O. S. 4. Auf dasselbe kommt im wesentlichen heraus die Definition Staubs, II Vorbem. vgl. § 373 Anm. 16 b: „Verträge, die in sich wesentliche Bestandteile verschiedener Vertragsarten enthalten".

[2] Hoeniger a. a. O. S. 45.

[3] Hoeniger a. a. O. S. 53.

geht er den logischen Fehler, daß er „subsumiert" einmal unter eine Kategorie höherer Ordnung, die Sozietät, und einmal unter eine Kategorie niederer Ordnung, nämlich die einzelnen Vertragstypen des BGB. In dem Sinne wie die gemischten Gesellschaftsverträge „eindeutig subsumierbar" sind, sind es auch die gemischten Gegenseitigkeitsverträge. Denn so gut wie die gemischten Gesellschaftsverträge eindeutig unter den Begriff des Gesellschaftsvertrags fallen, kann man die gemischten Gegenseitigkeitsverträge unter die Oberkategorie der gegenseitigen Verträge bringen. Und umgekehrt: ebenso wie die gemischten Gegenseitigkeitsverträge unter die einzelnen Vertragstypen des BGB. insofern subsumierbar snd, als sie Tatbestandsstücke von ihnen zu enthalten scheinen, gilt dies auch von den ungleichartigen gemischten Gesellschaftsverträgen.

Ebenso ist es aber unrichtig, wenn Hoeniger von „Typenvermengung" spricht. Denn wir haben schon ausgeführt, daß nicht eine Vermengung der verschiedenen Typen das Entscheidende ist, sondern die besondere Kombination der einzelnen Tatbestandsstücke, daß ein gemischter Vertrag also auch dann vorhanden ist, wenn Tatbestandsstücke aus demselben Vertragstyp anders gemischt erscheinen als bei der gesetzlichen Regelung. Denn sonst darf Hoeniger nicht, wie er es tut, die von uns „gleichartige Mischverträge" genannten Gebilde unter die Mischverträge rechnen.

Wir sehen also, auf dieses Kriterium Hoenigers abzustellen, ist absolut unmöglich, wie wir auch festgestellt haben, daß die von Hoeniger aufgestellte Begriffsbestimmung für die gemischten Verträge überhaupt sich nicht mit dem deckt, was er selbst darunter begreift.

Ähnlich wie die Definition Hoenigers über die gemischten Verträge ist die von Enneccerus: nach ihm handelt es sich bei den gemischten Verträgen um einen einheitlichen Vertrag, „dessen wesentliche Tatbestandsstücke als sämtlich oder teilweise bei verschiedenen Vertragsarten geregelt erscheinen"[1]. Nach ihm fallen aber die „gemischten Gesellschaftsverträge" nicht darunter; vielmehr werden sie von ihm mit den Mischverträgen in Gegensatz gestellt und als Verträge, „die zwar regelmäßig zu der seinem Hauptzweck untergeordneten Leistung verpflichten, sie aber nur ganz in allgemeiner Weise bestimmen," gemeinsam mit einigen anderen Vertragsarten unter eine besondere Kategorie „typische Verträge mit untergeordneten andersartigen Leistungen" gebracht[2].

Diese Einteilung scheint durchaus unrichtig. Hoeniger[3] führt dagegen völlig zutreffend aus, daß man von untergeordneten „andersartigen" Leistungen doch nur dann sprechen könne, wenn irgendwelche andere

[1] Enneccerus a. a. O. S. 295.
[2] Enneccerus a. a. O. S. 298.
[3] Hoeniger a. a. O. S. 357 ff.

Regelung der Leistung in dem betreffenden Typus sich findet. Die Willkürlichkeit der Kategorie von Enneccerus zeigt sich noch deutlicher, wenn man beachtet, daß die anderen Vertragsgebilde, die Enneccerus ihr unterordnet, die Gebilde sind, bei denen „zu einer typischen Hauptleistung eine Nebenleistung tritt", die in den betreffenden Vertragstypus nicht geregelt ist, wie z. B. der Pensionsvertrag. Daß die hierbei auftretenden Probleme ganz andere sind als die der „gemischten Gesellschaftsverträge" ist offensichtlich.

Ganz weit faßt den Begriff der gemischten Verträge Schreiber[1]. Nach ihm sind als solche diejenigen zu betrachten, „die dadurch der Beurteilung Schwierigkeiten bereiten, daß sie die gesetzlich aufgestellten Vertragstypen ganz oder teilweise enthalten, ohne sich mit ihnen zu decken". Darnach würden alle Verträge unter die gemischten fallen, die irgend ein Element eines gesetzlichen Typus zu enthalten scheinen, mag der Vertrag im übrigen auch völlig atypisch sein. Auch eine derartig weite Definition dürfte unzweckmäßig erscheinen; denn soweit Leistungspflichten in Betracht kommen, die überhaupt keine gesetzliche Regelung in irgend einem Zusammenhang gefunden zu haben scheinen, sind die auftauchenden Probleme eben durchaus andere als die typisch dadurch entstehenden, daß der Vertrag Elemente verschiedener Vertragstypen in sich zu begreifen scheint. Vielmehr dürfte sich empfehlen, derartige Verträge auszuscheiden.

Zur Findung der richtigen Definition dürfte die schon behandelte Erscheinung zu berücksichtigen sein, daß den „gemischten Verträgen" nicht typisch wesentlich ist die Mischung aus Tatbeständen verschiedener Vertragstypen, vielmehr der Umstand, daß Tatbestandsstücke, die in irgend einem Zusammenhang geregelt scheinen, in anderen Kombinationen auftreten.

Wir werden also definieren können: Gemischte Verträge sind solche, deren Tatbestand eine im Gesetz nicht geregelte Kombination von einzelnen Tatbestandsmomenten zu enthalten scheint, die vom Gesetz in andern Kombinationen geregelt sind.

Es wurde dabei absichtlich die vorsichtige Form gewählt, daß der Tatbestand die Kombination zu enthalten „scheint". Es soll damit ausgedrückt werden, daß die Definition darüber, ob eine Kombination der Tatbestandsstücke oder gar ihrer rechtlichen Folgen in Wahrheit vorliegt oder nicht, nichts aussagen will.

Die entsprechende Definition für die gemischten Gesellschaftsverträge wäre dann folgende: Gemischte Gesellschaftsverträge sind solche, bei denen die Mitwirkung zum Gesellschaftszweck in Leistungen besteht, die vom

[1] Schreiber a. a. O. S. 111.

Gesetz als Tatbestandsmomente in andern Kombinationen geregelt erscheinen.

§ 11.

Die Stellung der gemischten Gesellschaftsverträge im System der gemischten Verträge.

Was die Stellung der gemischten Gesellschaftsverträge im System der gemischten Verträge betrifft, so wurde im Vorhergehenden schon dargetan, daß die gemischten Gesellschaftsverträge jedenfalls nicht außerhalb des allgemeinen Problems der gemischten Verträge liegen. Es wurde nachzuweisen versucht, daß sie als Gesellschaftskombinationsverträge den gemischten Gegenseitigkeitsverträgen logisch entsprechen[1]. Im einzelnen wurden schon die Ansichten von Enneccerus[2] und von Fränkel[3] als unrichtig bezeichnet. Wir müssen, um die Stellung der Verträge im allgemeinen System bezeichnen zu können, eine Übersicht geben über die verschiedenen Systeme, die über die gemischten Verträge aufgestellt worden sind. Dies ist außer den beiden oben zitierten Schriftstellern nur noch von Hoeniger und Schreiber geschehen.

Das Grundprinzip, nach dem Hoeniger die gemischten Verträge einteilt, wird von ihm auf folgenden Satz gebracht[4]: „Jede Grundform des gemischten Vertrags wird durch die Art und Weise konstituiert, in der sich die einzelnen Tatbestandsstücke zur neuen Kombination des gemischten Vertrags zusammensetzen." Nach diesem Grundsatz scheidet Hoeniger

1. die Grundform o h n e Typenvermengung[5]. Hierher gehören solche Komplikationen, die dadurch entstehen, daß zu einem typischen Vertrag ein nicht typisches Tatbestandsstück aus einer anderen gesetzlichen Kategorie hinzutritt; hierher gehört z. B. der Werkvertrag mit Aufnahme des Unternehmers in die häusliche Gemeinschaft des Bestellers.

Die Verträge m i t Typenvermengung bilden nach Hoeniger keine einheitliche Gruppe[6]. Vielmehr sind zu unterscheiden

2. die „Grundformen mit Typenvermengung trotz eindeutiger Subsumierbarkeit"[7] oder die „gemischten Gesellschaftsverträge". Diese Bezeichnung wurde schon oben als irreführend bezeichnet.

3. Die Grundform mit Typenvermengung bei doppelter Subsumierbarkeit oder die doppeltypischen oder gemischten Gegenseitigkeitsverträge[8]. Auch diese Form wurde schon erwähnt.

4. Als vierte Gruppe kennt Hoeniger[9] die Grundform der Mischver-

[1] Vergl. oben S. 31.
[2] Vergl. oben S. 35.
[3] Vergl. oben S. 31.
[4] Hoeniger a. a. O. S. 53.
[5] Hoeniger a. a. O. S. 35 ff. Vorstudien S. 16.
[6] Hoeniger a. a. O. S. 35.
[7] Hoeniger a. a. O. S. 45. Vorstudien S. 12.
[8] Hoeniger a. a. O. S. 53 ff. Vorstudien S. 4.
[9] Hoeniger a. a. O. S. 87 ff. Vorstudien S. 8.

träge „durch Verbindung mehrerer Leistungen auf einer Seite", wobei Hoeniger davon ausgeht, daß zwischen Hauptleistung und Nebenleistung nicht unterschieden werden könne[1]. Hierher gehört insbesondere der Pensionsvertrag.

5. Die letzte Grundform bildet nach Hoeniger die „mit Typenvermengung durch vermischte Entgeltlichkeit" oder „die Verträge mit gemischter causa"[2]. Hierher gehört das negotium mixtum cum donatione, sowie die ihm nach Hoeniger entsprechende Form bei der Sozietät, die teilweise unentgeltliche Gesellschaft. —

Schreiber[3] geht davon aus, daß vier Hauptgruppen zu bilden seien:

1. Die erste besteht aus den „Verträgen mit abnormem Leistungsinhalt"[4], wozu die Verträge gehören, bei denen der Leistungsinhalt anders gestaltet ist als bei den gesetzlichen Vertragstypen. Diese Grundform enthält die Hoeniger'sche vierte Gruppe. Sie ist aber weiter, umfaßt also auch Fälle wie z. B. den umstrittenen Gaslieferungsvertrag.

2. Die zweite Gruppe bilden die „Verträge mit abnormer Gegenleistung"[5], d. h. die Verträge, bei denen man „an Stelle der neutralen Gegenleistung an Geld eine beliebige andere Leistung setzt", vor allem also die gemischten Gegenseitigkeitsverträge oder Zwitterverträge.

3. Eine weitere Grundform bilden die gemischten Gesellschaftsverträge im Sinne Hoenigers[6].

4. Diesen drei Gruppen, die Schreiber als „organisch gemischte Verträge" zusammengefaßt, stellt er die „additiv gemischten Verträge"[7] entgegen, die sich ohne weiteres durch bloßes Nebeneinandertreten der Tatbestandsstücke bilden, nämlich die Vertragsgebilde, bei denen die Begriffe Unentgeltlichkeit, Synallagma und Gesellschaft in Kombinationen mit einander auftreten.

Was die Kritik dieser Systeme betrifft, so dürfte bei der Einteilung Schreibers für dessen Unterabschnitte 1. und 2. dasselbe gelten, was für die von ihm aufgestellte Definition des gemischten Vertrags überhaupt gilt: Sie dürfte zu weit gefaßt sein; denn es fallen — genau wie unter die allgemeine Begriffsbestimmung — Fälle darunter, die zweckmäßigerweise nicht mehr unter sie gerechnet werden.

---

[1] Hoeniger a. a. O. S. 89 f. Anderer Ansicht insbesondere Planck vor § 433 Anm. 4 und Enneccerus S. 296 und 299, der die Fälle, bei denen nur eine Nebenleistung neben einer Hauptleistung auftritt, nicht einmal zu den gemischten Verträgen rechnet, während die „Zwillingsverträge" (zwei rechtlich gleichwertige Leistungen auf einer Seite) natürlich auch von ihm zu den gemischten Verträgen gerechnet werden. Im Ergebnis anderer Ansicht auch Staub Vorbem. vor § 573 Anm. 16 b.

[2] Hoeniger a. a. O. S. 168 ff.

[3] Schreiber a. a. O. S. 218 ff.

[4] Schreiber a. a. O. S. 220.

[5] Schreiber a. a. O. S. 221.

[6] Schreiber a. a. O. S. 222.

[7] Schreiber a. a. O. S. 223.

Ferner scheint uns die erste Gruppe Hoenigers auszuscheiden sein; denn u. E. liegt bei dieser das Problem der gemischten Verträge überhaupt nicht vor; es handelt sich bei ihr eben nur um solche Fälle, bei denen Vorschriften analog angewandt werden können, weil der Tatbestand, bei dem eine gesetzliche Regelung über irgend einen Punkt nicht vorliegt, gewisse Ähnlichkeiten hat mit einem Tatbestand, bei dem die betreffende Frage gesetzlich geregelt ist. Wollte man hier noch von gemischten Verträgen sprechen, so käme man mit dem Begriff völlig ins Uferlose.

Was die Einteilung sonst betrifft, so wurde im vorhergehenden Kapitel eingehend darzulegen versucht, daß die von Hoeniger als „gemischte Gesellschaftsverträge" und die als „gemischte Gegenseitigkeitsverträge" bezeichneten Gruppen unter den Oberbegriff der „Kombinationsverträge" gefaßt werden können. Es wird sich empfehlen, dies auch in einem System der gemischten Verträge zu tun. Dies gilt um so mehr, als es sich zeigen wird, daß auch die andern von Hoeniger und Schreiber gebildeten Gruppen sowohl in Gestalt der synallagmatischen als in der der Gesellschaftsverträge auftreten können. Dies gilt zunächst zweifellos für die Zwillingsverträge, die „Verträge mit Typenvermengung durch Verbindung mehrerer Leistungen auf einer Seite". Es ist z. B. sehr wohl möglich, daß als Beitrag von einem Gesellschafter gleichzeitig Nutzung einer Sache und Dienstleistungen geleistet werden oder „Wohnung mit Frühstück". Dann treten genau dieselben Probleme auf, wie in dem bei Hoeniger in der vierten Gruppe zusammengefaßten Typ. Derartige Gesellschaftsverträge sind allerdings, wenn man so sagen will, „doppelt gemischt", insofern die Beiträge zum Gesellschaftszweck 1. nicht nur in abstrakten Wertleistungen bestehen und 2. selbst sich wieder aus zweierlei in verschiedenen Vertragstypen geregelten Leistungen zusammensetzen. Sie bilden aber, wenn man den Zwillingsvertrag als besondere Gruppe der gemischten Verträge faßt, was wegen der besonderen Lagerung des Problems durchaus zu billigen ist, eine Untergruppe, die sich dem „gegenseitigen Zwillingsvertrag" ebenso anreiht, wie der Gesellschaftskombinationsvertrag dem gegenseitigen Kombinationsvertrag.

Scheidet man wie Planck und Enneccerus zwischen Haupt- und Nebenleistungen, so werden die Verträge, bei denen sich neben der Hauptleistung eine Nebenleistung aus einem anderen Vertragstyp befindet, eine gesonderte Gruppe bilden. Die Streitfrage, ob man eine solche zu bilden habe, zu erörtern, ist hier aber nicht der Platz. Jedenfalls aber würde auch dieser Grundtyp in Untergruppen zerfallen, deren eine dem Recht der gegenseitigen, deren andere aber dem Recht der Gesellschaftsverträge angehören würde. Diese Gruppe hätte aber mit den „Zwillingsverträgen" insofern große Ähnlichkeit, als bei beiden die Komplikation in der besonderen Zusammensetzung der Leistungspflicht

besteht; und man könnte aus ihnen eine beide umfassende Grundform bilden, für die der Name, den Hoeniger seiner vierten Gruppe gegeben hat, „Verbindung mehrerer Leistungen auf einer Seite" nicht schlecht passen würde. Da die Komplikation auf Seiten der Leistung besteht, sollen derartige Verträge im folgenden kurz als „Mischleistungsverträge" bezeichnet werden.

Auch die Verträge „mit vermischter Entgeltlichkeit" sind, wie ja schon Hoeniger[1] ausführt, gleichermaßen bei den gegenseitigen wie bei den Gesellschaftsverträgen möglich, wobei es wieder völlig einerlei ist, ob man sich der Theorie Hoenigers über das Vorhandensein von Übergangstufen zwischen Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit anschließt oder nicht. Jedenfalls können Kombinationen zwischen Gesellschaft und Unentgeltlichkeit ebensogut vorkommen wie zwischen Synallagma und Unentgeltlichkeit. Wir werden die Gruppe, bei der solche Komplikationen von Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit entstehen, als „Mischverträge mit teilweiser Entgeltlichkeit", oder kurz als „teilweise entgeltliche Verträge" bezeichnen.

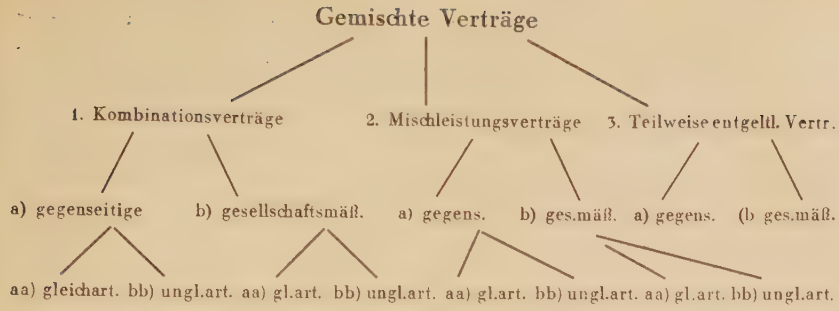
Wir könnten nun von gemischten Gesellschaftsverträgen in einem weiteren Sinne sprechen und darunter alle Gesellschaftsverträge verstehen, die in irgend welchen Beziehungen als Mischformen anzusehen sind, also auch die bei der Gesellschaft vorkommenden Mischleistungsverträge und die teilweise entgeltlichen Gesellschaftsverträge. Doch kann von der Behandlung dieser Gruppen im einzelnen hier abgesehen werden, denn bei ihnen bestehen irgend welche Fragen, die spezifisch durch die Komplikation im Rahmen der Gesellschaft entstehen, nicht. Genau so wenig ist das aber auch bei der zweiten Gruppe der Fall, bei den teilweise entgeltlichen Gesellschaften; denn es handelt sich hier um Kombinationen zwischen den Begriffen Unentgeltlichkeit und Entgeltlichkeit, die gleichermaßen auftreten bei Gesellschaft und Synallagma. Demnach bleibt als das typische Problem der gemischten Gesellschaftsverträge nur noch der Fall der Gesellschaftskombinationsverträge. Im folgenden wird daher der Ausdruck „gemischter Gesellschaftsvertrag" in diesem engeren Sinn gebraucht werden.

Übrigens sind die bei den Kombinationsverträgen gebildeten Untergruppen der „gleichartigen" und „ungleichartigen" Verträge auch bei den Mischleistungsverträgen denkbar, so daß auch hierin keine Besonderheit der Kombinationsverträge zu erblicken ist. Unmöglich ist diese Unterteilung nur bei der dritten Gruppe, da natürlich niemals beide Parteien sich gegenseitig gleiche Leistungen „halb schenken" können.

Ein Schema des Systems der gemischten Verträge würde also folgendermaßen aussehen:

---

[1] Hoeniger a. a. O. S. 169 ff.



§ 12.

Die Rechtsnormen über die gemischte Gesellschaft. Allgemeines.

Nach welchen Grundsätzen die Normen für die gemischten Gesellschaftsverträge zu finden sind, diese Frage ist insofern gegenüber dem allgemeinen Problem bei den gemischten Verträgen überhaupt vereinfacht, als wohl von keiner Seite bestritten werden kann, daß die Regeln über die Gesellschaft grundsätzlich zur Anwendung gelangen, und daß diese Anwendung eine direkte ist[1], da die gemischten Gesellschaftsverträge zweifellos Gesellschaften sind. Das Problem ist also nur noch, inwieweit außer den Regeln des Gesellschaftsrechts auch noch die Normen der im speziellen Teil des Schuldrechts des BGB. geregelten Verträge zur Anwendung kommt, und, sofern sie zur Anwendung gelangen, ob diese Anwendung eine direkte oder analoge ist.

Wegen der grundsätzlichen Anwendbarkeit der Rechtssätze über die Gesellschaft kommt die Absorptionstheorie[2], die im Fall der gemischten Verträge den Vertrag unter einem Typus unterordnen will, nur insoweit in Betracht, als es sich um die Absorption der Bestimmungen über die Sondertatbestände (Dienstvertrag, Miete usw.) durch die Regeln über die Gesellschaft handeln kann.

Dies hat aber eine eigentümliche Folge: diejenigen Vertreter[3] der Absorptionstheorie, die gestatten, daß die Regeln des „Absorbierten" Tatbestands wenigstens analog zum Teil zur Anwendung kommen, müssen zu demselben Ergebnis gelangen wie die Schriftsteller, die mit Schreiber[4] die diametral entgegengesetzte Theorie vertreten. Schreiber

---

[1] Als Vertreter der im übrigen verschiedenen Ansichten: Hoeniger a. a. O. S. 45 ff.; Schreiber a. a. O. S. 222; Enneccerus a. a. O. S. 299; Knoke Z. H. R. Bd. 75 S. 430.

[2] Hauptvertreter Endemann a. a. O. § 167 Anm. 29, vor allem aber mit besonderer Folgerichtigkeit Lotmar a. a. O. Bd. I S. 687; auch Dernburg, Deutsches Privatrecht S. 180 und S. 440, dessen prinzipielle Stellungnahme allerdings nicht ganz klar ist, wird dazu zu rechnen sein. Auch Blocizewski S. 46 gehört hierher.

[3] Vor allem Blociszewsky a. a. O. S. 41; Staudinger-Kober a. a. O. zu § 535 III, 1 und zu § 706 Anm. 3; Bloc. behandelt freilich die Mischgesellschaft selbst nicht, vertritt die Theorie aber bei anderen Mischverträgen. Für den gemischten Gesellschaftsvertrag vertritt im Ergebnis eine ähnliche Ansicht Enneccerus S. 299 ff., freilich von dem entgegengesetzten Ausgangspunkt kommend, daß es sich hier überhaupt nicht um einen Mischvertrag handle.

[4] Schreiber a. a. O. S. 209 ff.

steht nämlich auf dem Standpunkt, daß im Falle des Vorliegens eines Mischtatbestands die Regeln grundsätzlich keines der Tatbestände direkt zum Zuge kommen sollen, daß aber die Normen beider Tatbestände analog angewandt werden können. Da nun aber die Gesellschaft kein Spezialtatbestand ist, sondern ein solcher „höherer Ordnung", müssen dann auch nach Schreiber ihre Normen direkt zum Zuge kommen. Die Schreibersche Theorie wird im einzelnen noch zu behandeln sein.

Diejenige Richtung der Absorptionstheorie, die nur die Normen des einen Vertragstypus zur Anwendung bringen will, muß naturgemäß zu der Ansicht gelangen, daß in bezug auf die Leistungspflicht die Normen über den Spezialtatbestand, unter die sie, — nach Ansicht der Absorptionstheorie scheinbar — fällt, nicht zum Zuge kommen[1], sofern sie die Mischgesellschaften überhaupt zu den Mischverträgen rechnet. Übrigens muß auch die Absorptionstheorie bei den gemischten Gesellschaftsverträgen jedenfalls die Vorschriften über den Kauf auf die Sachbeiträge zur Gesellschaft zum großen Teil analog zum Zuge kommen lassen, da dies in §§ 445 und 493 für „andere Veräußerungsverträge gegen Entgelt" ausdrücklich vorgeschrieben ist[2].

U. E. läßt sich die Absorptionstheorie weder in der einen noch in der andern Form halten. Ihre Mängel zeigen sich allerdings weniger bei der gemischten Gesellschaft, wo sie durch die Anwendbarkeit der Vorschriften des Gesellschaftsrechts an Bedeutung verliert, als bei den gemischten Gegenseitigkeitsverträgen. Ein festes Kriterium, unter welchen der beiden Vertragstypen ein solches Gebilde unterzuordnen sei, läßt sich schlechterdings nicht finden[3]. Auch das, was Lotmar[4] als solches aufzufinden glaubte, (Entscheidung darnach, welche Leistung als „Einkommensquelle" zu gelten habe), ist, wie Hoeniger[5] gezeigt hat, durchaus nicht schlüssig. Bei der schärferen Form der Absorptionstheorie kommt noch hinzu, daß man mit den Regeln des einen Vertragstyps schlechterdings nicht durchkommt.

Der Hauptvertreter der Richtung, die eine direkte Anwendung der Vorschriften für möglich hält, ist Hoeniger[6]. Hoeniger knüpft an den von Gustav Rümelin in seinem Werk: „Dienstvertrag und Werkvertrag"[7] ausgesprochene Gedanken an, daß jedes Tatbestandsstück eines Vertrags eine besondere rechtliche Normierung nach sich zieht. „Die in einem bestimmten Inhalt oder einer bestimmten Beschaffenheit der Parteiabrede bestehenden Tatbestände, an die die weitere rechtliche

---

[1] So Dernburg a. a. O. Bd. II S. 614, ohne aber seine Ansicht theoretisch zu begründen.
[2] Es sei denn, daß man die Gesellschaft nicht als entgeltlichen Vertrag ansehen will.
[3] Hoeniger, Vorstudien S. 27.
[4] Lotmar a. a. O. S. 687.
[5] Hoeniger, Untersuchungen a. a. O. S. 58.
[6] Vor Hoeniger wurde die Kombinationstheorie für die gemischte Schenkung durchgeführt von Wilhelm Müller, a. a. O. S. 209 ff.
[7] Gustav Rümelin a. a. O. S. 320 ff.

Regulierung sich anschließt, sind allerdings teilweise derart, daß sie ebenso wie die sich anschließenden Wirkungen nur bei einem obligatorischen Vertrag vorkommen; teilweise kehren aber dieselben Tatbestände und dieselben rechtlichen Wirkungen wieder." Demnach, so führt Hoeniger[1] aus, wäre zu untersuchen, inwieweit die Rechtsnormen den „einzelnen Tatbestandsstücken zugehören". Insoweit finden sie Anwendung auch dann, wenn diese Tatbestandsstücke in anderen Verträgen sich vorfinden und sich kombinieren mit Tatbestandsstücken, die in anderen Vertragstypen geregelt sind. Dieser Lehre sind grundsätzlich gefolgt Treichler und Fränkel[2], ferner Lent[3], der freilich von anderen Gesichtspunkten ausgeht, worüber noch zu handeln sein wird.

Gegen diese Lehre, die zweifellos etwas bestechendes an sich hat, wurden nun aber erhebliche Bedenken laut, insbesondere von Schreiber.

Dieser Schriftsteller geht[4] davon aus, daß in den im speziellen Teil des Schuldrechts geregelten Tatbeständen die gesetzliche Definition und die gesetzliche Normierung sich nicht decken, vielmehr die Begriffsbestimmungen zu weit seien; ein typischer Vertragstatbestand liege aber nur dann vor, wenn er unter die gesetzlichen Normierungen passe, einerlei, ob er unter die Definition falle; so sei Miete eigentlich nur der Vertrag, bei dem alle gesetzlichen Regeln über die Miete genau passen.

In Wahrheit sei eben im speziellen Teil des BGB. nur der Fall geregelt, bei dem die Gegenleistung in Geld bestehe und bei dem es sich um einen gegenseitigen Vertrag handle, auch wenn unter die Begriffsbestimmung des BGB. die Kombination mit einer andersartigen Gegenleistung passe oder gar die Kombination der Leistungspflichten nicht im Synallagma sondern in der Gesellschaft unter die Gesetzesdefinition gebracht werden könne.

Wenn man in derartigen Fällen noch von „Miete", „Dienstvertrag" usw. spreche, so müsse man sich darüber klar sein, daß es sich nur um Abkürzungen handle.

Wenn nun Rümelin und Hoeniger behaupten, daß ein abstrakter Zusammenhang zwischen Tatbestand und Rechtsfolgen bestehe und daher in jedem Zusammenhang die zu den Tatbestandsstücken gehörigen Rechtsfolgen zur Anwendung zu bringen seien, so ist dazu folgendes zu bedenken[5]: Bei den Vertragsgebilden handelt es sich nicht um ein Anhäufen von Tatbestandsstücken, sondern um feste Organismen, und den Organismen als solchen entspricht nach Schreiber die Gesamtheit der Vorschriften über den Vertragstypus[6]. Demnach sei es auch sehr bedenklich, diese Tatbestände in die Tatbestandstücke auseinander zu reißen.

[1] Hoeniger a. a. O. S. 382.
[2] Treichler, Doppeltypische Verträge S. 29 f. und Fränkel, Zwitterverträge S. 7 ff.
[3] Lent, Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und im Zivilprozeß S. 203 ff.
[4] Schreiber a. a. O. S. 151 ff.
[5] Schreiber a. a. O. S. 203.
[6] Schreiber a. a. O. S. 207 ff.

Denn das Vorkommen des Tatbestandsstücks in einem andern Organismus müsse durchaus nicht wieder die gleichen Rechtsfolgen nach sich ziehen wie in dem gesetzlichen Tatbestand. Die neue Kombination werde vielmehr im Gegenteil bewirken können, daß auch die Normen, die (scheinbar) die Folge der Tatbestandsstücke seien, in diesem Organismus durchaus andersartig sich gestalteten. Es sei demnach sehr zu befürchten, der Inhalt der an ein Tatbestandsstück sich knüpfenden Rechtssätze werde sich so weit verflüchtigen, daß man auf die allgemeine Norm hinaus komme, nach der eben „alles nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu geschehen habe"[1].

Demnach bleibt nach Schreiber nur noch eines: „Da die vom Gesetz abweichend geregelten Tatbestände in sich Organismen sind, deren Einheitlichkeit ein Auseinanderreißen ihrer Elemente verbietet, so sind diese Tatbestände als Ganzes als vom Gesetz nicht geregelt anzusehen; auch dann, wenn sie noch so große Verwandtschaft mit den geregelten Tatbeständen zeigen"[2]. Daher ist nach Schreiber in jedem Fall zu fragen: Inwieweit treffen der Gesetzeszweck und die Interessenlage, die bei dem gesetzlich geregelten Typus die Hand des Gesetzgebers geführt haben, auch für den Fall des einzelnen gemischten Vertrags zu. Soweit dies der Fall sei, kommen die Vorschriften des geregelten Tatbestands analog zur Anwendung; direkte Anwendung finden nur die Regeln der höheren Normgröße, also des gegenseitigen Vertrags — und für unseren speziellen Fall, der Gesellschaft[3].

Das bedeutet aber, daß im Prinzip systematisch kein Unterschied besteht zwischen gemischten und atypischen Verträgen, denn auch bei diesen finden nur die Normen höherer Ordnung direkte Anwendung. Der Unterschied zwischen diesen beiden Gruppen besteht nach Schreiber lediglich darin, daß bei den gemischten Verträgen das Gesetz Wegweiser gegeben hat in der gesetzlichen Regelung bei den Spezialtatbeständen des BGB., während dies bei den atypischen Verträgen nicht der Fall sein soll.

Zu fast demselben Ergebnisse wie Schreiber kommt Meerscheid-Hüllessen, an dessen Ausführungen Schreiber sich zum Teil anlehnt[4]. Der Ansicht Schreibers hat sich Knoke[5] hinsichtlich der Konsequenzen angeschlossen.

Daß auch die gemäßigtere Richtung der Absorptionstheorie zu demselben Ergebnis gelangt, wurde schon behandelt.

Was die Lösung des Problems betrifft, so wird man sich jedenfalls, wie war schon an anderer Stelle ausgeführt haben, auf den allgemein herrschenden Standpunkt stellen können, daß die Anwendung der Regeln über die Gesellschaft eine direkte ist.

[1] Schreiber a. a. O. S. 203.
[2] Schreiber a. a. O. S. 210.
[3] Schreiber a. a. O. S. 216.
[4] Von Meerscheid-Hüllessem a. a. O. Zeile 856.
[5] Knoke, Z. H. R. Bd. 75 Seite 420 ff.; und bei Planck a. a. O. vor § 433 Anm. 4 am Ende.

In Beziehung auf die Anwendbarkeit der Normen der Spezialtatbestände wird man die Beweisführung Schreibers schlechterdings als zwingend ansehen müssen. Wenn dagegen Lent[1] ausführt, daß man es hier mit einer Erscheinung zu tun habe, die derjenigen der Idealkonkurrenz im Strafrecht logisch entspreche, weil auch hier der Fall vorliege, daß ein einheitlicher konkreter Tatbestand unter zwei abstrakte Tatbestände falle, und daß demnach die Rechtsfolgen beider abstrakter Tatbestände zur Anwendung kommen, so ist dagegen zu sagen: Dies ist ein Trugschluß, der auf einer durchaus ungerechtfertigten Hereinnahme strafrechtlicher Gesichtspunkte ins Zivilrecht beruht. Denn die scharf umrissenen Tatbestände des Strafrechts sind lediglich die Folge des strafrechtlichen Grundsatzes: nulla poena sine lege. Da natürlich im Zivilrecht irgend ein analoger Grundsatz nicht gilt, hätte Lent den strafrechtlichen Tatbestand mit dem zivilrechtlichen nicht so ohne weiteres in Parallele stellen dürfen. Das muß zu Unrichtigkeiten führen. Wenn dann aber Lent an anderer Stelle gegen die Schreibersche Ansicht ausführt, daß der Umstand, daß zwei gesetzliche Regeln zur Verfügung ständen, durchaus noch kein Grund seien, keine Regel zur Anwendung zu bringen[2], so ist das überhaupt kein Einwand gegen Schreiber: denn dieser Schriftsteller geht ja gerade davon aus, daß in Wahrheit nicht zwei gesetzliche Regelungen zur Verfügung stehen.

Das Ergebnis ist also, um es zusammenzufassen: Die Anwendung der Normen über die Gesellschaft ist eine direkte, die der Bestimmungen über die Spezialtatbestände dagegen nur eine analoge.

§ 13.

Die Stellung der gemischten Gesellschaft im System der Gesellschaftsverträge.

Wir haben oben § 11 die Stellung der gemischten Gesellschaftsverträge im System der gemischten Verträge überhaupt festzustellen versucht. Im folgenden soll unser Problem von der andern Seite aus betrachtet werden, und die Stellung der gemischten Gesellschaft zum Begriff „Gesellschaftsvertrag" überhaupt näher untersucht werden.

Daß die gemischte Gesellschaft ein Unterfall der Gesellschaft ist, wurde schon an anderer Stelle festgestellt. Wir haben dort die gemischten Gesellschaftsverträge als solche bezeichnet, bei denen die Mitwirkung zum Gesellschaftszweck in Leistungen besteht, die vom Gesetz als Tatbestandsmomente in anderen Kombinationen geregelt sind.

Dieser Begriff wäre abzugrenzen einerseits gegenüber den typischen, andererseits gegenüber den atypischen Gesellschaftsverträgen.

Der den typischen gegenseitigen Verträgen entsprechende Fall der typischen Gesellschaftsverträge kommt, wie wir gesehen haben, nur in

[1] Lent a. a. O. S. 203 ff.
[2] Lent a. a. O. S. 206.

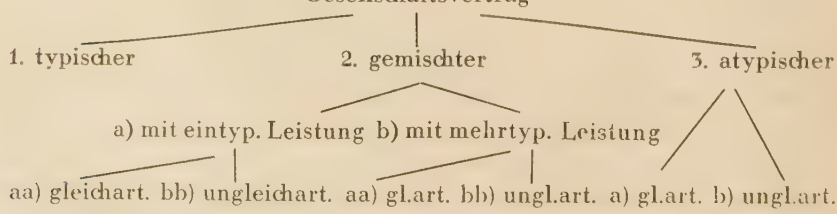
dem einen Fall vor, wenn alle Beiträge ausschließlich in abstrakten Wertleistungen bestehen. Der Grund für diese sonderbare Erscheinung liegt, wie wir sahen, in der unendlichen Variationsmöglichkeit der Gesellschaft begründet, die ihren Ursprung hat in deren besonderen Struktur, und die dazu führen mußte, daß besondere Typen im Verkehr sich nicht ausbilden konnten.

Was die Abgrenzung gegenüber den atypischen Verträgen betrifft, so konnten wir sehen, daß insofern materiell kein Unterschied besteht, als bei beiden die Normen der Gesellschaft direkt zur Anwendung zu bringen sind, während für die Beitragsleistung im einzelnen jedenfalls keine direkte Anwendung der Normen des Sondertatbestands stattfindet. Es lassen sich aber wenigstens Regeln im Gesetz finden, die analog zum Zuge kommen können. Diese materiell-rechtlich ähnliche Lagerung des Problems der Misch- und der atypischen Verträge bringt eine nachträgliche Rechtfertigung, daß wir dem Begriff Mischvertrag rein formell gefaßt haben. Wir werden dementsprechend auch den atypischen Gesellschaftsvertrag formell zu umschreiben haben: Darnach sind atypische Gesellschaftsverträge solche, die Leistungen enthalten, die im Gesetz überhaupt in keiner Kombination geregelt erscheinen[1].

Wir sahen, daß sich die typischen mit den gemischten Verträgen kombinieren können, ebenso ist aber auch eine Kombination der atypischen Verträge mit einem der andern Gebilde und auch eine Kombination aller drei Formen möglich; dies letzte liegt z. B. dann vor, wenn ein Gesellschafter Geld, ein anderer eine Sache und ein dritter nur seinen Namen beiträgt. Daß diese Verträge juristisch keine Besonderheit bieten, wurde schon gesagt und dies rechtfertigt ihre Ausscheidung aus der systematischen Zusammenstellung.

Wir können demnach drei Hauptgruppen der Gesellschaftsverträge bilden: die typischen, die atypischen und die gemischten. Die gemischten können wieder auftreten derart, daß die Leistungen selbst einfach, eintypisch oder kombiniert, mehrtypisch sind; im letzten Fall läge ein Gebilde vor, das wir oben als gesellschaftsartigen Mischleistungsvertrag bezeichnet haben. Dabei entstehen dann als weitere Untergruppen die gleichartigen und ungleichartigen Verträge.

Dies ergibt folgendes Schema:



[1] Hierher gehört z. B. der Fall, daß der Beitritt selbst als Beitrag angesehen werden soll. Vergl. Planck zu § 706 Anm. 1; RG. Bd. 37 S. 61 und Bd. 80 S. 271.

§ 14.

Die Anwendung der Vorschriften über die Gesellschaft auf die gemischte Gesellschaft.

Es wurde schon festgestellt, daß die Vorschriften, die das BGB. über die Gesellschaft getroffen hat, auf die gemischte Gesellschaft grundsätzlich direkt Anwendung finden. Dies ist in den meisten Fällen ohne weiteres durchzuführen.

Schwierigkeiten entstehen fast nur bei der Frage der Anwendung der Vorschriften über die Beendigung der Rechtsverhältnisse und zwar dann, wenn in den Tatbestand des speziellen Schuldrechts, dessen Rechtssätze grundsätzlich analog zur Anwendung kommen sollen, ebenfalls Normen über die Beendigung des Vertragsverhältnisses sich finden. Es fragt sich dann, wie diese Vorschriften zu den allgemeinen Vorschriften über die Gesellschaft verhalten. Dabei ist der Satz aufzustellen: es gilt grundsätzlich immer das Endigungsrecht der Gesellschaft; daneben können freilich auch Sätze aus den besonderen Tatbeständen des BGB. herangezogen werden.

Hinsichtlich der Vorschriften über die Kündigung ist davon auszugehen, daß die Bestimmungen bei der Gesellschaft insofern zwingend sind, als sie nicht den § 723 BGB. zuwider beschränkt werden können. § 723 Abs. 1 gewährt nun für den Fall, daß die Gesellschaft nicht für eine bestimmte Zeit eingegangen ist, ein jederzeitiges Kündigungsrecht der Gesellschafter, für den Fall, daß eine Zeitdauer oder eine Kündigungsfrist bestimmt ist, ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde. Da diese Vorschriften in dem angegebenen Sinne zwingend sind, hat es keinen Einfluß auf die rechtliche Gestaltung, wenn die Sondertatbestände ein erschwertes Kündigungsrecht kennen. Das gilt insbesondere dann, wenn die Beiträge der Parteien in unter dem Dienst-, Werk- oder Mietsvertrag geregelten Leistungen bestehen.

Daß dieses Ergebnis nicht unbillig ist, zeigt sich vor allem darin, daß das enge Vertrauensverhältnis, das typisch herbeigeführt wird durch das enge Zusammenarbeiten zu einem gemeinsamen Zweck und das persönliche Band, das unter den Gesellschaftern nach dem BGB. besteht, eine Abhängigmachung der Dauer der Gesellschaft von diesem Vertrauensverhältnis zeitigen muß. Dieses Vertrauensverhältnis endigt aber gleichmäßig sowohl dann, wenn Geld, als auch dann, wenn Gebrauchsgewährung oder Dienste als Beitrag geleistet werden; demnach müssen die Wirkungen hinsichtlich der Endigung in allen diesen Fällen auch dieselben sein. Das Gesetz hat nun bewußt[1] ein diesem besonderen Wesen der Gesellschaft entsprechendes Endigungsrecht geschaffen. Wenn nun ein Gesellschafter kündigen will, so hat gewöhnlich das Vertrauensverhältnis einen Bruch bekommen, und wenn dieses Vertrauen weggefallen ist, ist eine Fortsetzung der Gesellschaft den Parteien nicht mehr zuzumuten.

[1] Motive II, 618.

Es ist aber besonders zu beachten, daß oftmals die Art der Leistungen oder der Zweck, zu dem sie geschehen, einen Schluß zulassen werden auf einen Parteiwillen dahingehend, daß die Gesellschaft als für eine bestimmte Zeit eingegangen zu betrachten sei, auch dann, wenn eine dahingehende ausdrückliche Vereinbarung nicht bestehen sollte[1]. In diesen Fällen wird dann freilich auch oft der Parteiwille ergeben, daß außer den auch in diesem Fall nach § 723 Abs. 1 Satz 2 noch bestehenden Kündigungsrechten aus wichtigem Grund einzelne Vorschriften aus dem Kündigungsrecht der Spezialtatbestände zur Anwendung kommen werden, sofern sie das Kündigungsrecht der Gesellschaft nicht erschweren. Da es sich aber hierbei um den in jedem Fall anders gelagerten Parteiwillen handelt, können allgemeine Regeln hierüber natürlich nicht aufgestellt werden.

Auch die andern Endigungsgründe der Gesellschaft gelten auch für die gemischte Gesellschaft, da sie durchaus dem Wesen des Gesellschaftsvertrags entspringen, ebenso wie natürlich auch die Möglichkeit der Fortsetzung der Gesellschaft nach Ausschluß oder Kündigung oder sonstigem Ausscheiden eines Gesellschafters nach § 737 ff. Auf die nähere Erörterung dieser Gesetzesbestimmmung kann verzichtet werden, da ihre Anwendung besondere Schwierigkeiten nicht zeitigen.

Durch die Anwendung der Vorschriften über die Gesellschaft bleibt aber grundsätzlich nicht ausgeschlossen, daß einzelne die Beendigung erleichternde Vorschriften der Einzeltatbestände des BGB. außerdem noch zur Anwendung kommen können. Dies ist allerdings nur für den Fall der auf bestimmte Zeitdauer abgeschlossenen Gesellschaft von praktischer Bedeutung. Hierüber wird im speziellen Teil noch die Rede sein müssen.

Eine weitere Schwierigkeit ergibt sich hinsichtlich der Anwendung des § 708, nach dem der Gesellschafter bei Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtung nur für diejenige Sorgfalt einzustehen hat, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Es fragt sich nun, ob das auch dann gilt, wenn der Sondertatbestand einen anderen Haftungsmaßstab kennt. Hier ist davon auszugehen, daß der Rechtssatz des § 708 lediglich die Konsequenz ist des Vertrauensverhältnisses unter den Gesellschaftern. Dieses wird aber durch die Art der Leistung in keiner Weise beeinflußt. Demnach wird der Grundsatz des § 708 auch bei den Mischgesellschaften in allen Fällen zur Anwendung kommen, soweit von Verschulden die Rede ist[2]. Natürlich zieht die Haftung nach § 708 nur in den Fällen, in denen es sich um Verletzung von Pflichten handelt, die dem Gesellschafter als solchem obliegen[3].

Was die Form des Mischgesellschaftsvertrages betrifft, so gilt für ihn ebenso wie für jede andere Gesellschaft, daß er grundsätzlich formlos

[1] Vergl. insbesondere Knoke, Gesellschaft S. 105.
[2] Ebenso Enneccerus a. a. O. S. 503 Anm. 4.
[3] Knoke, Gesellschaft S. 32.

ist. Hier hat aber der Inhalt der Leistungspflicht insofern Einfluß, als die Sätze des § 313 zum Zuge kommen: Verpflichtet sich demnach ein Gesellschafter in dem Vertrag, das Eigentum an einem Grundstück an die Gesellschaft als Beitrag zu leisten, so bedarf dieser Vertrag der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung[1].

Besteht die Beitragsleistung darin, daß der Gesellschafter eine Leibrente an eine bestimmte Person zu leisten hat, so wird auch die Formvorschrift des § 761 BGB. zur Anwendung kommen. Es muß sich hier aber tatsächlich um Leistungen an eine bestimmte physische Person handeln. Es werden dies sehr selten vorkommende Fälle sein, so z. B. wenn bei einer Gesellschaft zum Zwecke der Unterstützung von Armen ein Gesellschafter sich verpflichtet, bestimmte Arme dauernd durch regelmäßige Beiträge zu unterstützen und dabei vereinbart wird, daß dies als Beitragsleistung gelten solle. Werden nur allgemein regelmäßig wiederkehrende Leistungen vertretbarer Sachen an die Gesellschaft versprochen, so ist dies noch kein „Leibrentenversprechen".

§ 15.

Die Beitragsleistung bei der gemischten Gesellschaft.

In den früheren Ausführungen wurde darzulegen versucht, daß die gemischte Form der Gesellschaftsverträge nur insoweit Besonderheiten bietet, als es sich um die gemischten Gesellschaftsverträge im engeren Sinn, die Gesellschaftskombinationsverträge handelt. Wir sahen auch, daß die Kombination bei jedem gemischten Gesellschaftsvertrag zunächst darin besteht, daß die Beitragsleistung sich als eine Leistung darstellt, die als Tatbestandsstück in einer anderen Kombination geregelt erscheint. Bei den ungleichartigen Gesellschaftsverträgen kompliziert sich die Sachlage weiter dadurch, daß die Leistungen selbst untereinander verschieden sind. Aber auch bei ihnen besteht die erste Komplikation in der Art und Weise der einzelnen Leistung selbst. Diese bedeutet aber, daß bei den gemischten Gesellschaftsverträgen nicht wie bei den gemischten Gegenseitigkeitsverträgen der Mittelpunkt der Fragen bei den Leistungspflichten in ihrer Kombination zu suchen ist, sondern daß in erster Linie eine selbständige Behandlung der Beitragspflicht zu stehen hat. Wenn man die ungleichartigen Gesellschaftsmischverträge außer Acht läßt, könnte man sagen, daß das Problem der gemischten Gesellschaftsverträge sich in Wahrheit auflöst in ein Problem der Mischgesellschaftsbeiträge.

Diese Mischgesellschaftsbeiträge scheiden sich von dem typischen Geldbeitrag und den atypischen Beiträgen genau so, wie wir die Misch-

[1] Knoke, Gesellschaft S. 26. Ebenso die durchaus herrschende Meinung: Engelmann S. 387; Staub zu § 105 Anm. 9 B; Planck a. a. O. zu § 705 Anm. 2; Staudinger a. a. O. S. 3/4 Aufl. § 705 Anm. IV 3 a; RG. Entscheidung Bd. 97 S. 329 ff. das aber mit Recht hervorhebt, daß § 313 nicht gilt, wenn nur die Anwartschaft auf das Grundstück Einlage ist; Gustav Müller S. 417, Nordmann S. 24.

gesellschaft von der typischen und der ganz atypischen Gesellschaftsform geschieden haben.

Das Thema unserer Arbeit bringt es mit sich, daß die typische und die atypische Beitragsleistung hier nicht behandelt werden können.

Darüber, welche Leistungen bei den gemischten Gesellschaftsverträgen vorkommen können, enthält das Gesetz keine Regelung im einzelnen. Es erwähnt, wie wir sahen, nur gelegentlich einmal Einbringung von Sachen zu Eigentum und zu Gebrauch und von Diensten. Hinsichtlich der Einbringung von Sachen enhält das Gesetz die schon erwähnte Vermutung des § 706, daß vertretbare und verbrauchbare Sachen im Zweifel gemeinschaftliches Eigentum der Gesellschafter werden sollen.

Es steht nun aber nichts im Wege, anzunehmen, daß sämtliche in den Sondertatbeständen des BGB. geregelten Leistungspflichten auch in der Kombination mit der Gesellschaft auftreten können. Von diesem Satz bildet es keine Ausnahme, daß einige im speziellen Teil des Schuldrechts geregelten Tatbestände nicht derart in Kombination mit der Gesellschaft treten können, daß man von einem gemischten Vertrag reden kann. Hoeniger[1] hat überzeugend nachgewiesen, daß von einer eigentlichen Kombination nicht gesprochen werden kann mit Typen, die zwar selbst vom Leistungsinhalt unabhängig sind, die aber keinen leistungsverknüpfenden Tatbestand darstellen. Hierher gehören das Schuldversprechen[2], die Anweisung[3], die Bürgschaft[4], Spiel, Wette[5] und Vergleich[6]. Hierher gehört auch die Auslobung[7]. Was die Leibrente betrifft, so besteht hier darüber Streit, ob in ihrer Form alle beliebigen Leistungen versprochen werden können oder nur vertretbare Sachen. Nimmt man mit der h. M.[8] das zweite an, so gilt hier das gleiche wie bei den oben behandelten Formen; vertritt man mit Hoeniger[9] die erste Ansicht, so führt dies dazu, hier eine besondere Form der Mischverträge anzuerkennen. Ihre besondere Behandlung würde sich aber, wie Hoeniger ausführt, dadurch erübrigen, daß irgend welche besonderen Schwierigkeiten nicht entstehen. Ausgeschieden müssen jedenfalls grundsätzlich alle außerkontraktlichen Tatbestände werden.

Es soll dabei zunächst unberücksichtigt bleiben die Frage, ob es sowohl eine entgeltliche als auch eine unentgeltliche Gesellschaft gibt. Demnach sind hier nur die entgeltlichen Tatbestände des BGB. heranzuziehen.

Es ergeben sich demnach als mögliche Beitragsleistungen folgende:

---

[1] Hoeniger a. a. O. S. 18 ff.
[2] Hoeniger a. a. O. S. 20.
[3] Hoeniger a. a. O. S. 23.
[4] Hoeniger a. a. O. S. 26.
[5] Hoeniger a. a. O. S. 27.
[6] Hoeniger a. a. O. S. 28.
[7] Fränkel a. a. O. S. 4.
[8] So Enneccerus II, 1 S. 531, RGE. Bd. 80, S. 209.
[9] Hoeniger a. a. O. S. 27.

1. Beibringung einer Sache quoad sortem (entsprechend der Verkäuferleistung).

2. Beitrag einer Sache quoad usum (entsprechend der Vermieterleistung) und eines Rechts bzw. einer fruchttragenden Sache quoad usum et fructum (entsprechend der Verpächterleistung).

3. Beitrag von Diensten (entsprechend der Leistung des Dienstverpflichteten).

4. Beitrag eines Werks (entsprechend der Unternehmerleistung beim Werkvertrag).

Als Unterform zu 4. und 5. wäre die Mäklerleistung denkbar.

5. Verwahrung als Beitrag (entsprechend der Leistung des Verwahrers).

6. Weiter ist festzustellen, daß auch für das Darlehen, die Hingabe von abstraktem Wert auf Zeit sich ein Analogon bei der Gesellschaft bildet, nämlich in dem Fall, daß vereinbart ist, daß der Gesellschafter seinen bestimmten „Beitrag" leisten soll und diese bestimmte Summe später — sei es vor, sei es nach Auflösung — der Gesellschaft wieder zurückerhalten, daß er aber die Rechte des Gesellschafters voll genießen solle, so lange der Wert im Vermögen der Gesellschaft ist. Die Leistung des Gesellschafters entspricht also in diesem Falle der Darlehensgeberleistung.

Die Beitragsleistung bei dem gemischten Vertrag kann selbst wieder kompliziert sein. Dabei gilt der aus der logischen Gleichstellung von Synallagma und Gesellschaft herzuleitende Satz: Alle Komplikationen, die bei den gegenseitigen Verträgen auftreten können, sind auch bei der Gesellschaft möglich. Eine dieser Komplikationen, die Mischleistungsgesellschaft, wurde schon behandelt. Eine weitere Möglichkeit ist, daß nicht einmalige Beitragsleistungen, sondern regelmäßig wiederkehrende Leistungen von den Parteien zu machen sind. Aber auch hierbei handelt es sich um ein Problem, das nicht deshalb besondere Schwierigkeiten bietet, weil es gerade im Gebiet der Gesellschaftsverträge auftritt. Es ist vielmehr die gleiche Frage, die innerhalb der gegenseitigen Verträge bei dem unbestrittenen Successivlieferungsvertrag erscheint.

§ 16.

Die unentgeltliche Gesellschaft, insbesondere die unentgeltliche Mischgesellschaft.

Wir haben im bisherigen das Problem der gemischten Gesellschaft behandelt ohne Rücksicht zu nehmen auf die Frage, ob es eine unentgeltliche Gesellschaft gibt. Dieses Problem muß, obwohl es eigentlich nicht direkt zu unserer Aufgabe gehört, deshalb behandelt werden, weil die Frage Einfluß hat auf die rechtliche Beurteilung der einzelnen Leistungen, die im besonderen Teil der Arbeit behandelt werden wird.

Im vorhergehenden Abschnitt wurde festgestellt, daß jedenfalls die Leistungen aus entgeltlichen gegenseitigen Verträgen, wie Kauf, Miete,

Darlehen usw. entsprechend auftreten können auch im Gebiete der Gesellschaft. Naheliegend ist nun die Frage, ob auch die unentgeltlichen Verträge des besonderen Teils des Schuldrechts (Schenkung, Leihe usw.) entsprechende Formen im Gesellschaftsrecht haben.

Das Problem tritt also nicht nur auf bei der Frage, ob es möglich ist, daß eine abstrakte Geldleistung für immer dem Gesellschaftszweck dienstbar gemacht wird, ohne daß der Gesellschafter an den materiellen Vorteilen der Gesellschaft teilnimmt[1]; vielmehr liegt das Problem auch dann vor, wenn eine Sache für immer oder auf Zeit zur Benutzung unentgeltlich hingegeben wird dergestalt, daß sie einem gemeinschaftlichen Zweck dienen soll und in ähnlichen Fällen.

Damit kommen wir also auf das Problem der unentgeltlichen Gesellschaft.

Hoeniger[2] hat in voller Schärfe den Satz aufgestellt, daß die Gesellschaft als Unterfall nicht nur der Entgeltlichkeit, sondern auch der Unentgeltlichkeit auftreten könne. Er hat also die Möglichkeit der unentgeltlichen Gesellschaft bejaht. Die Fälle die Hoeniger dazu rechnet, wurden schon oben[3] auseinandergesetzt. Hoenigers Lehre hat aber in Wissenschaft und Praxis wenig Anklang gefunden. Angeschlossen hat sich an ihn in aller Klarheit nur Silberschmidt[4]. Auch Staub[5], der sie für die O. H. G. ablehnt, scheint doch der Ansicht zuzuneigen, daß sie wenigstens bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts möglich sei. Vor Hoeniger wurde ihre Möglichkeit nur von Kohler[6] angenommen. Dagegen hat sich die herrschende Meinung[7] durchaus gegen die unentgeltliche Gesellschaft erklärt, wie auch schon das gemeine Recht die Möglichkeit dieses Gebildes, der „societas leonina" abgelehnt hatte[8]. Die herrschende Meinung erklärt diese Fälle vielmehr als Mischtypen von Gesellschaft und Unentgeltlichkeit.

Sie stützt sich vor allem darauf, daß man von einem gemeinschaftlichen Zweck nicht mehr dann reden könne, wenn die Parteien nicht alle das gleiche materielle Interesse an der Erreichung des Zwecks haben, wie dies bei der Hoenigerschen unentgeltlichen Gesellschaft der Fall sei. Es ist demnach zu fragen: Wann ist ein Zweck noch als gemeinschaftlicher anzuerkennen?

Zweifellos liegt ein gemeinsamer Zweck dann vor, wenn beide Parteien von der Handlung denselben materiellen Vorteil haben, also z. B.,

---

[1] Was der einzig bisher in der Literatur eingehend behandelte Fall ist.

[2] Hoeniger a. a. O. S. 182 ff.

[3] Vergl. oben S. 15.

[4] Silberschmidt a. a. O. S. 117.

[5] Staub a. a. O. zu § 105 Anm. 4.

[6] Kohler a. a. O. II, 1 S. 398.

[7] Schreiber a. a. O. S. 187; Knoke, Gesellschaft S. 13 und Z. H. R. Bd. 75 S. 443; Endemann, S. 1136 Anm. 13; Ehrenberg S. 719; Goldmann-Lilienthal S. 732 Anm. 17; Oertmann zu § 705 Anm. 2 a; Staudinger zu § 705 Anm. 2; Schollmayer S. 74; Crome, Part. Rechtsgeschäfte S. 18; Rudolf Müller S. 18; Gustav Müller S. 407; RG. Bd. 95 S. 151.

[8] Glück a. a. O. S. 374; Sintnis a. a. O. S. 709.

wenn sie beide den ihrer Mitwirkung zum Zweck entsprechenden Gewinnanteil erhalten, ebenso wenn es sich um Verfolgung eines für alle Parteien rein idealen[1] Zwecks handelt, die Parteien also sämtlich irgend einen Vorteil wenigstens in materieller Hinsicht nicht erlangen. Liegt nun ein gemeinsamer Zweck auch dann vor, wenn zwar beide Teile mit ihren Leistungen dasselbe erstreben, dieser Zweck für die eine Partei aber ein egoistisch-materieller, für die andere ein altruistisch-idealer ist, die Zwecke also psychologisch verschiedenartig sind? Wenn z. B. zwei Parteien einen Vertrag abschließen zum Zwecke des Betriebs von Geschäften, von deren Gewinn aber lediglich die eine Partei etwas erhalten soll?

U. E. ist die Ansicht der herrschenden Meinung, das Kriterium des gemeinschaftlichen Zwecks liege in solchen Fällen nicht vor, nicht richtig. Daß es im Begriffe des Wortes „gemeinsam" liegt, daß das Interesse der Parteien an der Zweckerreichung ein psychologisch gleichartiges ist, scheint uns durchaus nicht erwiesen. Vielmehr scheint uns sprachlich nichts entgegenzustehen, wenn man unter „Verfolgung eines gemeinschaftlichen Zwecks" auch den Fall begreift, daß beide Parteien objektiv durch ihre Mitwirkung denselben Zweck gemeinschaftlich verfolgen wollen und sich dabei subjektiv der gemeinschaftlichen Tätigkeit bewußt sind. Denn die gemeinschaftliche Verfolgung eines Zwecks macht diesen selbst notwendig zu einem gemeinschaftlichen.

Daß dem so ist, zeigt auch folgende Überlegung: Man wird doch wohl folgenden Vertrag als Gesellschaft auffassen müssen: A und B verpflichten sich zur Erreichung eines gemeinschaftlichen Zwecks je X Mark beizutragen. Die Hälfte des Gewinns soll an A kommen; ferner ist vereinbart, daß die andere Hälfte des Gewinns statt an B an C, der am Geschäft gar nicht beteiligt ist und dem B unentgeltlich etwas zukommen lassen will, fallen soll. Auch in diesem Falle hat die eine Partei (A) ein egoistisch-materielles Interesse an der Zweckerreichung, während die andere Partei (B) nur ein i d e a l e s daran hat. Man wird in diesem Falle aber doch kaum die Gemeinschaftlichkeit des Zweckes ablehnen können. Man wird einzuwenden suchen, in diesem Falle habe trotzdem auch B ein Interesse an der Zweckerreichung; sein Interesse sei eben in diesem Fall, den C zu fördern. Dies wäre zweifellos richtig, aber kein Einwand. Denn das Interesse des B, den C zu fördern, ist eben ein ideelles, genau so wie im Falle der unentgeltlichen Gesellschaft das Interesse des B, daß A allen Gewinn bekommen soll.

Ergibt sich so, daß ein gemeinschaftlicher Zweck an sich sehr wohl mit dem Moment der Unentgeltlichkeit sich vereinigen ließe, so führt auf der andern Seite folgende Erwägung auf die Annahme der Möglichkeit

[1] Die Aufstellung eines idealen Zwecks bei einem Vertrag ist nach richtiger und durchaus herrschender Meinung wohl möglich, so Lobe bei Planck, Vorbem. zum 14. Titel Anmerk. II, 2; Knoke, Gesellschaft S. 15; Oertmann zu § 705 Anm. 2 a; Hellwig, Über die Grezen der Vertragsmöglichkeit S. 407; Staudinger zu § 705 Anm. IV, 2 a; Cosack 1. Aufl. Bd. II, S. 364; Gierke Bd. III S. 828; RG. JW. 1905 S. 719 ff.

der unentgeltlichen Gesellschaft: wir sahen oben am Ende des ersten Teils dieser Arbeit, daß die Entgeltlichkeit sowohl dann vorliegen kann, wenn der Zweck der Parteien ein gemeinschaftlicher ist, als auch dann, wenn dies nicht der Fall ist, die Zwecke vielmehr entgegengesetzt sind. Die Parallele liegt nun aber durchaus nahe, auch bei der Unentgeltlichkeit Verträge zu unterscheiden darnach, ob der Zweck ein gemeinschaftlicher ist oder nicht.

Daß natürlich die Vorschriften des BGB. nicht direkt auf eine solche Gesellschaft anzuwenden sein werden, ist offenbar und wurde schon von Hoeniger[1] richtig erkannt. Aber eine analoge Anwendung der Vorschriften käme immerhin in Frage. Es wird daher zu prüfen sein, ob etwa die Vorschriften des BGB. über die Gesellschaft auf derartige Gebilde passen. Wird sich dabei ergeben, daß die gesetzlichen Vorschriften für solche Fälle zu einem vernünftigen und dem Wesen der Sache entsprechenden Ergebnis führen, so werden wir auch annehmen können, daß die unentgeltliche Gesellschaft ein zwar äußerst seltenes, aber durchaus dem System unseres Rechts sich klar einfügendes Gebilde ist.

Von vorn herein ist festzustellen, daß selbstverständlich eine große Anzahl von Auslegungsregeln, und eine Anzahl Dispositivvorschriften wegfallen müssen, weil eben etwas anderes vereinbart ist.

Dies gilt offensichtlich für die Bestimmung des § 706 Abs. 1, die sich selbst ausdrücklich als Dispositivvorschrift bezeichnet. Dies gilt ferner für § 722 (über die Gewinnverteilung), in dem es ebenfalls heißt, daß er nur gelte, wenn die Anteile der Gesellschafter nicht anderweitig bestimmt sind, was natürlich in unserem Falle vorliegt; der § 722 hat wieder seinen Einfluß auf die Auseinandersetzung nach § 734.

Was die übrigen Vorschriften betrifft, so führt Hoeniger[2] aus, daß „ein großer Teil der Vorschriften von dem Entgeltlichkeitsmomente gänzlich unabhängig ist und nur an das gegen die Entgeltlichkeit neutrale reine Sozietätsmoment anknüpft". Es wird sich aber zeigen, daß in Wahrheit sämtliche Bestimmungen des BGB. über die Gesellschaft auch auf die unentgeltliche Gesellschaft zur Anwendung gebracht werden können, soweit sie nicht Dispostiv- oder Aulegungsvorschriften sind.

Die Fälle, deren Anwendbarkeit auf die unentgeltliche Gesellschaft schon Hoeniger nachgewiesen hat, sind folgende: Die Normen über die Geschäftsführung (§§ 709—713), dementsprechend auch die über die Vertretung (§ 714 und 715) und über die Kontrollrechte (§ 716); weiter wurde der Satz, daß die Ansprüche der Gesellschafter untereinander nicht übertragbar seien (§ 717), auch bei der unentgeltlichen Gesellschaft für anwendbar erklärt, ebenso die Vorschrift, daß der Gesellschafter nicht über seinen Anteil verfügen kann (§ 719). Gleichermaßen werden auch die Bestimmungen des § 718 über das Gesellschaftsvermögen ohne weiteres passen.

[1] Hoeniger a. a. O. S. 204.
[2] Hoeniger a. a. O. S. 205.

Schreiber[1] hat allerdings gegen Hoeniger ausgeführt, daß die von diesem zitierten Vorschriften deshalb gegen das Entgeltlichkeitsmoment neutral seien, weil sie mit dem personenrechtlichen Einschlag der Gesellschaft zusammenhängen. Die Schlüssigkeit dieser Behauptung soll hier nicht nachgeprüft werden. Hoeniger hat aber nur eine Auswahl geben wollen. Und daß sich die anderen Vorschriften über die Gesellschaft ohne weiteres anwenden lassen, sollen die folgenden Ausführungen zeigen:

Schutz des gutgläubigen Schuldners (§ 720) ist bei der unentgeltlichen Gesellschaft genau so notwendig wie bei der entgeltlichen. Dasselbe gilt für die Anwendbarkeit der Vorschriften über das Kündigungsrecht[2] (§ 723 und 24) sowie der sonstigen Bestimmungen über die Endigung (§ 726—729), ferner der Vorschriften für die Auseinandersetzung. Auch hier trifft die ratio des Gesetzes gleichermaßen zu, wenn die Einlagen unentgeltlich sind als wenn sie entgeltlich sind. Die Regeln über die Pfändung des Gesellschafteranteils durch den Gläubiger eines Gesellschafters kommen wenigstens in dem Fall in Betracht, daß vereinbart ist, daß nur ein Teil der Gesellschafter Leistungen zu machen hat, daß aber Anteil am Gesellschaftsvermögen und am Gewinn trotzdem auch den nichtleistenden Gesellschaftern zustehen. In den übrigen Fällen der unentgeltlichen Gesellschaft können sie praktisch nicht zur Anwendung kommen.

Daß auch bei der unentgeltlichen Gesellschaft es unbillig wäre, nachträglich Erhöhung der Beiträge zu verlangen, wie dies in § 707 für unzulässig erklärt ist, ist klar.

Schwierigkeiten ergeben sich lediglich wegen der Anwendbarkeit des § 708, nach dem ein Gesellschafter für diligentia quam suis einzustehen hat. Hier muß diejenige Ansicht, die wie Schreiber den Begriff der unentgeltlichen Gesellschaft ablehnt, sie vielmehr als Kombination von Gesellschaft und Schenkung betrachtet[3], oder die sie einfach als Schenkung auffassen will, die Anwendbarkeit des Paragraphen ausschließen und statt dessen einfach die Vorschriften über die Schenkung (§§ 521 ff.) zur Anwendung bringen lassen.

Wir werden aber durchaus dazu kommen müssen, daß die ratio des § 708 auch in unserem Falle zutrifft. Dies wird folgendes zeigen:

Theoretisch wäre eine Regelung des Gesetzes durchaus denkbar, die für jede unentgeltliche Einlage in die Gesellschaft dieselben Regeln zur Anwendung bringen läßt wie beim entsprechenden (im speziellen Teil des BGB. geregelten) Vertrag, also wäre z. B. bei unentgeltlicher Sacheinlage nur Haftung für culpa lata nach § 521, bei unentgeltlichen Dienstleistungen Haftung für jede Sorgfalt anzuwenden.

[1] Schreiber a. a. O. S. 187.

[2] Die ratio dieser Vorschriften wurde schon oben in § 14 der Arbeit ausgeführt. Es kann darauf verwiesen werden.

[3] Vergl. Schreiber a. a. O. S. 187 f.

Dieser Weg wurde aber in unserem Falle nicht beschritten. Vielmehr hat das Gesetz, wie wir schon sahen, aus der Gemeinschaftlichkeit des Zwecks und der daraus resultierenden engen Verbindung der Partei die Konsequenz gezogen, indem es den Satz aufstellte, daß jeder verpflichtet sei, für die gemeinschaftlichen Interessen zu sorgen wie für die eigenen. Nicht mehr, — denn dieser Zweck wurde zum gemeinschaftlichen gemacht, also auch zum eigenen des Gesellschafters, und auch nicht weniger, — denn es wäre ungerecht, daß jemand einen Zweck, der zugleich ein fremder ist, mit weniger Sorgfalt verfolgen dürfte, wie einen Zweck, der nur sein eigener ist.

Daß diese Gesichtspunkte bei der Abfassung des Gesetzes maßgebend waren, zeigt auch die historische Entwicklung des § 708. In der zweiten Kommission war ein Antrag auf Streichung des dem heutigen § 708 entsprechenden § 633 des Entwurfs eingegangen, der dann aber unter Rücksicht auf die historische Entwicklung abgelehnt wurde, wobei ferner noch das psychische Moment als maßgebend erklärt wurde, „daß Personen, die miteinander einen Gesellschaftsvertrag einzugehen beabsichtigen, sich gegenseitig so nehmen wollen, wie sie einmal seien, daß jeder Teil von vornherein die Individualität des andern ins Auge fasse und daher nur verlange, daß er in den gemeinschaftlichen Angelegenheiten dieselbe Sorge übe wie in den eigenen“[1].

Genau dieselben Gründe werden aber auch bei der unentgeltlichen Gesellschaft zutreffen. Auch hier würde ein gemeinschaftlicher Zweck vorliegen, der eine enge Verbindung bewirkt, aus der der Grundsatz, daß jeder die Sorgfalt anzuwenden habe, die er in eigenen Angelegenheiten übt, entspringen würde.

Demnach kann der § 708 auch auf die unentgeltliche Gesellschaft Anwendung finden.

Auf dieses Gebilde passen übrigens nicht nur die gesetzlichen Vorschriften des BGB. über die Gesellschaft, sondern auch der von Wissenschaft und Praxis aus den allgemeinen Vorschriften der §§ 242 und 157 und dem Wesen der Gesellschaft hergeleitete Satz[2], nach dem die Gesellschafter verpflichtet sind, alles zu unterlassen, was dem Gesellschaftszweck widerstrebt. Denn er entspricht dem auch bei der unentgeltlichen Gesellschaft typisch vorhandenen Vertrauensverhältnis unter den Parteien, das aus der engen Personenvereinigung (die ja auch Schreiber bei der „unentgeltlichen Gesellschaft“ [vgl. oben S. 55] nicht ablehnt) entspringt.

Demnach konnten wir feststellen, daß sämtliche Vorschriften des Gesellschaftsrechts auch auf das Gebilde, das wir als unentgeltliche Gesellschaft bezeichnen, passen, mit der erwähnten selbstverständlichen Aus-

[1] Prot. Bd. II, 2 S. 426.

[2] Schollmayer S. 73; Endemann S. 1135; Gustav Müller, Gesellschaft S. 407; RG. Bd. 89 S. 103 ff.; Becker S. 22.

nahme, daß es sich nicht um Auslegungsregeln oder Dispositivvorschriften handeln darf. Wir haben demnach keinen Anlaß[1], die Form der unentgeltlichen Gesellschaft abzulehnen.

Eine derartige unentgeltliche Gesellschaft würde, wie wir schon bemerkten, dann vorliegen, wenn das oben im § 6 erwähnte Entgeltlichkeitskriterium fehlt, nach dem das Wertverhältnis der von der einen Partei empfangenen und der von ihr bewirkten Leistungen nicht im Mißverhältnis stehen dürfe zu dem Wertverhältnis zwischen dem von der andern Partei empfangenen und von dieser bewirkten Leistung. Ein solches Mißverhältnis besteht nun in der Tat in den beiden von Hoeniger[2] angeführten Fällen: sowohl dann, wenn eine Partei keine Leistungen bewirkt, aber trotzdem der materiellen Rechte aus der Gesellschaft teilhaftig ist, als auch dann, wenn sie eine Leistung bewirkt, aber keine materiellen Vorteile hat.

Dies führt uns nun zu einer Vervollständigung der von uns oben in § 15 aufgestellten Zusammenstellung der möglichen Einlagen bei der gemischten Gesellschaft. Jede dieser entgeltlichen Einlagen hätte ihr Gegenstück in einer unentgeltlichen, die den Gebilden der Schenkung, der Leihe, der unentgeltlichen Darlehen, dem Auftrag und der unentgeltlichen Verwahrung entsprechen würde.

---

[1] Es ist also durchaus nicht richtig mit Knoke ZHR. Bd. 75 S. 443 anzunehmen, daß Hoeniger mit seiner Theorie ein „Opfer seiner Stufentheorie geworden ist". Denn die Theorie läßt sich auch, wie wir sahen, ohne diese begründen.

[2] Vergl. oben S. 15.

Zweiter Hauptabschnitt.

Besonderer Teil.

§ 17.

Einleitung.

Nachdem im bisherigen versucht wurde, die allgemeinen Sätze über die gemischten Gesellschaftsverträge aufzustellen, ist im folgenden darzulegen zunächst einmal, inwieweit die Vorschriften, die das BGB. für die Leistungspflichten bei den einzelnen synallagmatischen Verträgen getroffen hat, auch zur Anwendung kommen, wenn die Leistungen Beiträge zur Gesellschaft sind, und welche Abweichungen sich aus dieser besonderen Kombination ergeben. Es werden demgemäß die einzelnen Leistungstypen durchzusprechen sein, und zwar aus Gründen der klaren Anordnung wird grundsätzlich jeweils im Anschluß an die Behandlung der Leistung im Falle der Entgeltlichkeit die entsprechende unentgeltliche Form zu betrachten sein.

Nach der Behandlung der verschiedenen Leistungsarten wird ein weiterer Abschnitt die besondere Kombination der „ungleichartigen" Mischgesellschaftsverträge kurz zu behandeln haben. Das kann erst nach der Besprechung der verschiedenartigen Beiträge geschehen, weil die Komplikationen, die durch die Verbindung *verschiedenartiger* Gesellschaftsbeiträge entstehen, erst dann gelöst werden können, wenn die Frage des Mischbeitrags selbst geklärt ist.

Bei den folgenden Ausführungen ist aber besonders der im allgemeinen Teil gefundene Satz zu beachten, daß es sich immer nur um analoge Anwendung der Normen des speziellen Teils des Schuldrechts handeln kann. Dies bedeutet aber, wie Schreiber[1] richtig ausführt, daß zu prüfen ist, „ob in dem konkret vorliegenden Fall eine gleiche Interessenlage vorhanden ist, und ob gewisse Zwecke des Gesetzes sich auch auf den konkret vorliegenden Fall erstrecken". Das bedeutet für unser Problem nun freilich, daß die Frage, *inwieweit* die Rechtsnormen

[1] Schreiber a. a. O. S. 213. Anders Hoeniger S. 210: „Derjenige Tatbestand, der beurteilt werden soll, und derjenige, dessen Normen übertragen werden sollen, werden auf einen gemeinsamen Obergriff zurückgeführt. Sodann wird festgestellt, wieweit die Normen, die nur für den einen engeren Tatbestand im Gesetz aufgestellt sind, lediglich von dem Oberbegriff, also dem weiteren, übergeordneten Tatbestand abhängig .... sind. Ist dies ermittelt ..., so ergibt sich hieraus, daß diese Normen dann auch auf den zu untersuchenden, anderen, engeren Tatbestand angewendet werden müssen." Diese Auffassung geht von denselben Gesichtspunkten aus, wie die von Hoeniger aufgestellte Kombinationstheorie und ist daher mit dieser abzulehnen (ebenso Schreiber S. 213).

des speziellen Teils des Schuldrechts analog angewandt werden können, in außerordentlich hohem Maße abhängig ist von der Interessenlage des Einzelfalles. Dies hindert aber nicht, daß in den meisten Fällen, in denen die Art der Beitragsleistung die gleiche ist, in weitem Umfang auch gleiche Rechtssätze vorliegen müssen.

Es werden sich also insofern doch wenigstens grundsätzlich gültige Rechtsnormen aufstellen lassen, die nur bei besonders gelagerter Interessenlage nicht durchgreifen. Es ist also durchaus nicht richtig, wenn Fränkel[1] meint, die Schreibersche Theorie bedeute „den allgemeinen Verzicht auf die wissenschaftliche Lösung der Aufgabe".

Für alle Beiträge gilt der in den Motiven[2] formulierte Satz, daß der Gesellschafter alle Voraussetzungen zu erfüllen habe, welche nach der Natur des Gegenstandes und den maßgebenden Rechtsgrundsätzen zur Einbringung erforderlich sind".

Wie sich diese Verpflichtung bei den verschiedenen Arten des Beitrags gestaltet, dies festzustellen wird die Aufgabe der folgenden Abschnitte sein.

Erster Unterabschnitt.

Entgeltliche Leistung eines Gegenstandes quoad sortem als Beitrag.

§ 18.

Allgemeines über die Verpflichtungen der Parteien. Die Form des Vertragsabschlusses.

Durch die Vereinbarung, durch die sich die Parteien verpflichten, einen ihnen gemeinsamen Zweck dadurch zu fördern, daß sie Gegenstände beibringen zum Gesellschaftsvermögen, und zwar nicht bloß zur vorübergehenden Benutzung, entstehen für die Gesellschafter Verpflichtungen, die, wie wir im allgemeinen Teil darzulegen versucht haben, ihre rechtliche Beurteilung durch analoge Anwendung der Bestimmungen über die Verkäuferpflichten finden. Dies ist für den größten Teil der Rechtsfolgen in den §§ 445 und 493 ausdrücklich festgelegt, da die Gesellschaft zu den entgeltlichen Veräußerungsverträgen gehört, und da diese Paragraphen von der grundsätzlichen analogen Anwendbarkeit der in ihnen zitierten Bestimmung auf andere Verträge, die auf Veräußerung einer Sache gegen Entgelt gehen, sprechen[3].

Titze[4] hat sich gegen die herrschende Meinung gewandt, mit der Begründung, die Gesellschaft sei kein entgeltlicher Vertrag im Sinne dieser Vorschriften; die in diesen Paragraphen angegebene Voraus-

[1] Fränkel a. a. O. S. 8.

[2] Motive II S. 599.

[3] So die herrschende Meinung. Knoke, Gesellschaft S. 30; Schollmayer S. 73; Planck zu § 706 Anm. 4; Oertmann zu § 706 Anm. 3. Ferner Motive Bd. 2 S. 600.

[4] Titze a. a. O. S. 316.

setzung für die analoge Anwendung treffe hier also nicht zu. Allein dies ist nicht richtig. Wir haben im allgemeinen Teil im einzelnen darzulegen versucht, daß die Gesellschaft zwar kein gegenseitiger, aber ein entgeltlicher Vertrag sei. Und die §§ 445 und 493 sprechen nur von entgeltlichen Veräußerungsverträgen[1]. Aber der Lehre Titzes ist im praktischen Ergebnis so viel Richtigkeit zuzumessen, daß nämlich die besondere Interessenlage bei der Gesellschaft die in den Paragraphen zitierte Bestimmung zum Teil nur mit sehr erheblichen Modifikationen zur Anwendung kommen läßt.

Im allgemeinen Teil wurde schon darzulegen versucht, daß die Möglichkeit analoger Anwendung der in den §§ 445 und 493 zitierten Rechtsnormen überhaupt schon aus allgemeinen Grundsätzen entspringt. Dies gilt aber nicht nur für die zitierten Paragraphen, sondern es stehen auch andere Bestimmungen des Kaufrechts grundsätzlich zur analogen Anwendung zur Verfügung, aber auch hier nur mit der Einschränkung, daß dies nur der Fall ist, soweit die Interessenlage und der Gesetzeszweck bei Kaufrecht und bei der Gesellschaft mit Sacheinlage quoad sortem übereinstimmen. Die Einzelheiten der sich ergebenden Modifikationen werden aber erst bei der Behandlung der verschiedenen Komplikationen betrachtet werden können.

Angesichts dessen, daß auch die §§ 445 und 493 auf das Gesellschaftsrecht nicht ganz passen, wird im folgenden auch ihre Anwendbarkeit im einzelnen zu prüfen sein.

Wir werden der Kürze halber die Gesellschafter, die eine entgeltliche Leistung quoad sortem als Beitrag haben, als Veräußerungsgesellschafter, die Beitragsleistung selbst als Veräußerungsbeitrag bezeichnen.

Durch die Gesellschaft entsteht den Veräußerungsgesellschaftern die Pflicht, „die entsprechenden Rechtsübertragungen vorzunehmen"[2], d. h. die Sache in das Eigentum der Gesamthand zu überführen, wie die Analogie zu § 433 Abs. 1 zeigt. Daß das Eigentum immer bei den Gesellschaftern bleibt, wie Lastig[3] meint, erscheint angesichts des klaren und dem Wesen der Sache entsprechenden Wortlauts des Gesetzes unmöglich[4].

Demnach hat der Gesellschafter „denjenigen Rechtsakt vorzunehmen, durch den das Eigentum begründet wird", also je nachdem Übergabe oder die Übergabesurrogate, bei Grundstücken Auflassung[5]. Handelt es sich um ein Recht, das der Gesellschaft zu übertragen ist, so gilt § 433 Absatz 1 Satz 2 entsprechend (Rechtsverschaffungspflicht, eventuell Pflicht zur Verschaffung des Besitzes an der Sache, zu dem das Recht berechtigt).

[1] Ebenso im Ergebnis Staudinger zu § 706 Anm. III c.
[2] Motive II S. 599.
[3] Lastig a. a. O. S. 434 ff.
[4] Ebenso Knoke, Gesellschaft S. 29.
[5] Knoke, Gesellschaft S. 30.

Gegenstand des Veräußerungsbeitrags kann alles sein, was als Gegenstand der Verkäuferpflicht denkbar ist[1].

§ 433,2 statuiert für den synallagmatischen Kauf die Käuferpflichten, nämlich 1. dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und 2. die gekaufte Sache abzunehmen. Das erste fällt bei der Gesellschaft natürlich weg. An seine Stelle tritt die Pflicht der andern Gesellschafter, ebenfalls den Gesellschaftszweck in der vertragsmäßigen Weise zu fördern. Es bleibt aber die Frage, ob nicht auch bei der Gesellschaft etwas der Abnahmepflicht des Käufers entsprechendes besteht.

Sehen wir auf den Zweck der Vorschrift, so ergibt sich folgendes: ihr Grund liegt darin, daß der Verkäufer durch Vornahme des Kaufgeschäfts regelmäßig nicht nur dem Zweck der Geldverschaffung dienen will, sondern auch dem Zwecke, die Sache los zu werden. Das Gesetz wollte auch diesen Nebenzweck voll schützen und hat daher die Bestimmung getroffen, daß der Käufer nicht nur zur Zahlung des Kaufpreises, sondern auch zur Abnahme, d. h. Entgegennahme zum Zwecke der Erfüllung des Kaufgeschäfts verpflichtet sein soll, so daß er also bei Verletzung dieser Pflicht nicht nur in Annahmeverzug, sondern auch in Abnahmeverzug, also Leistungsverzug kommen kann[2]. Alle diese Gründe treffen aber genau so zu, wenn die Sachverschaffung quoad sortem Gegenstand der Beitragspflicht bei der Gesellschaft ist. Auch wird der Gesellschafter ebenso häufig wie der Verkäufer das Interesse haben, die Sache entgeltlich los zu werden[3]. Man wird also auch bei der Gesellschaft eine Abnahmepflicht anzunehmen haben.

Es fragt sich nur, wen diese Abnahmepflicht trifft. Diese Frage deckt sich nicht mit der im allgemeinen Teil behandelten, wer Gläubiger der Beitragsforderung ist. Es ist davon auszugehen, daß der Beitrag geschehen soll zur Verwirklichung eines gemeinschaftlichen Zwecks der Gesellschafter. Die Leistung soll also den Gesellschaftern in ihrer Gesamtheit dienen. Daraus geht hervor, daß grundsätzlich auch nur die Gesamtheit die Abnahmepflicht haben kann, nicht der einzelne Gesellschafter.

Selbstverständlich ist, daß diese Abnahmepflicht der Gesellschaft nur für die behandelte Gesellschaft mit Sacheinlage quoad sortem gilt, nicht aber für die Gesellschaft mit Geldeinlage, und grundsätzlich auch nicht bei Einlage eines Rechts; denn nur bei der Übertragung einer Sache quoad sortem hat das Gesetz bei den synallagmatischen Verträgen dings ein Recht beizutragen ist, das zum Besitz einer Sache berechtigt, die Abnahmepflicht als rechtsschutzbedürftig anerkannt. Wenn allerwird man auch ein Recht des Gesellschafters auf Abnahme der Sache anzunehmen haben.

---

[1] Düringer-Hachenburg S. 55 Anm. 56.

[2] Herrschende Meinung. Vergl. Planck-Knoke zu § 733 Anm. 7 b; Staudinger 3./4. Aufl. zu § 433, Anm. IX, 2 b.

[3] Ebenso Endemann a. a. O. S. 1133 Anm. 8. Sonst schweigt die Literatur über die Frage.

Es ist noch besonders zu betonen, daß gerade bei dieser Abnahmepflicht die entwickelten Normen nur das Regelmäßige sein werden. Häufig wird die Interessenlage so sein, daß sie nicht als vereinbart angesehen werden können, was insbesondere bei Gesellschaften mit idealen Zwecken sehr oft der Fall sein wird.

Daß der Gesellschaftsvertrag mit Veräußerungsbeitrag an sich formlos ist, wurde schon im allgemeinen Teil erwähnt, ebenso die Ausnahme, daß für den Fall, daß ein Grundstück beizutragen ist, die Form des § 313 BGB. erforderlich ist (vgl. oben S. 49).

§ 19.

Gefahrtragung, Übergang der Nutzungen und Lasten.

Was den Übergang der Gefahr betrifft, so bestimmt hier § 446 für den Kauf, daß die Gefahr übergehe mit der Übergabe der verkauften Sache bzw. bei Grundstücken mit der Eintragung, wenn diese vorher geschehen ist. Von demselben Zeitpunkte ab sollen nach Satz 2 des § 446 Absatz 1 das Recht, die Nutzungen zu ziehen, dem Käufer zustehen, der dann auch die Lasten zu tragen hat.

Der § 446 ist in § 445 nicht zitiert. Die Anwendbarkeit wird aber trotzdem zu bejahen sein[1]. Denn die Interessenlage ist hier genau so wie beim Kauf. Der Gedanke ist der, daß, solange jemand den Vorteil hat, tatsächlich Herr über eine Sache zu sein, es auch billig erscheint, ihn den Schaden tragen zu lassen, wenn die unter seiner Herrschaft stehende Sache durch Zufall untergeht. Es erhebt sich nun allerdings die Frage, was „Gefahrübergang" bei der Gesellschaft überhaupt für eine Bedeutung hat. Die Wirkungen des Gefahrübergangs sind für das Synallagma in § 323 BGB. geregelt; es handelt sich hier also um die Frage der grundsätzlichen Anwendbarkeit des § 323 BGB. auf die Gesellschaft überhaupt. Dieses Problem im einzelnen zu erörtern, wurde aber schon in der Einleitung der Arbeit als außerhalb unserer Aufgabe liegend bezeichnet. Hier soll nur so viel gesagt werden: Nach unserer im allgemeinen Teil niedergelegten Ansicht findet der § 323 keine Anwendung. An seine Stelle tritt vielmehr das außerordentliche Kündigungsrecht der übrigen Gesellschafter nach § 723 Absatz 1 Satz 2. Hier ist ja die Unmöglichkeit der Erfüllung der Verpflichtung ausdrücklich als „wichtiger Grund" hervorgehoben; gegebenenfalls kommt auch der Ausschluß nach § 726 in Betracht. Häufig wird freilich die Gesellschaft sich schon nach § 726 BGB. aufgelöst haben[2]. — Ist nun die Gefahr übergegangen, so kann die außerordentliche Kündigung nicht mehr auf den

[1] So auch die durchaus herrschende Meinung: Endemann S. 1133 Anm. 8; Planck zu § 706 Anm. 3; Goldmann-Lilienthal S. 741; Crome, System S. 775; Enneccerus I, 2, S. 705; Staudinger zu § 706 Anm. III d; Schollmayer S. 73. — Anderer Ansicht: Knoke, Gesellschaft S. 30, der die allgemeinen Vorschriften der §§ 323 ff. anwenden will, sowie Cosack S. 774, Ehrenberg S. 719 und Düringer-Hachenburg S. 62 Anm. 62.

[2] Ebenso Windscheid-Kipp II, S. 732; Cosack II, S. 373; A. A. Planck, vor § 705 Anm. 2; Staudinger zu § 705 Anm. V a.

Grund gestützt werden, daß die Sache nunmehr untergegangen sei oder sich verschlechtert habe. — Bis zur Auflösung der Gesellschaft behält der Gesellschafter seine Rechte und Pflichten voll und ganz.

An dieselben Voraussetzungen wie der Übergang der Gefahr ist auch der Übergang von Lasten und Nutzungen geknüpft. Entsprechend wird auch die besondere Vorschrift des § 446 Abs. 2 über die Grundstücksübertragung gelten müssen. Denn der Gesichtspunkt, durch den das Gesetz sich leiten läßt, ist, daß es insoweit die Eintragung auf den Namen des Erwerbers der Besitzerlangung gleichstellen will.

Die einmal übergegangene Gefahr bleibt dann bei der Gesellschaft. Dies hat das Gesetz im § 733 Absatz II Satz 2 klar zum Ausdruck gebracht. In diesem ist nämlich bestimmt, daß bei der Auseinandersetzung für nicht in Geld bestehende Einlagen der Wert zu ersetzen ist, den sie zur Zeit der Einbringung gehabt haben. Wenn demnach zu irgend einer Zeit nach Einbringung der Gegenstand sich verschlechtert hat, oder untergegangen ist, so hat dies gar keinen Einfluß auf das, was der Gesellschafter bei der Auseinandersetzung bekommt.

Lebhaft umstritten ist die Frage, ob auch § 447 BGB. bei der Gesellschaft zur Anwendung kommen kann. Einige Schriftsteller[1] stehen auf dem Standpunkt, daß dies nicht möglich sei, da der Paragraph „den Intentionen des Gesellschaftsvertrags direkt zuwiderlaufe“[2]. Allein dies scheint unbegründet. Denn der Fall ist durchaus möglich, daß, während das Gesellschaftsvermögen vereinbarungsgemäß an einem bestimmten Orte sich befindet, nach dem der ursprünglichen Vereinbarung gemäß geleistet werden sollte, nun von den Gesellschaftern bzw. dem Geschäftsführer verlangt wird, daß die Einlage des Gesellschafters nicht an diesen Ort (den Erfüllungsort der Verbindlichkeiten des Gesellschafters) geleistet werden soll, vielmehr an einen andern Ort. Denkbar wäre auch der Fall, daß von vornherein ein bestimmter vom Sitz des Gesellschaftsvermögens verschiedener Ort als Erfüllungsort, „Schuldort“ i. S. Leonhards[3], vereinbart ist; dies wird insbesondere dann unter Umständen auch stillschweigend geschehen, wenn der Verkäufergesellschafter etwa an einem bestimmten Orte ein Kleinverkaufsgeschäft führt, und vereinbart ist, daß die Ware an den Sitz des Gesellschaftsvermögens versandt werden soll. Der Fall läge dann völlig analog dem des § 447 und die Regelung, die das Gesetz in diesem Paragraphen zugunsten des Verkäufers hat eintreten lassen, scheint bei der Gesellschaft mit entgeltlichem Veräußererbeitrag ebenfalls durchaus angemessen. Weshalb die Vorschrift den Intentionen der Gesellschaft widersprechen soll, ist u. E. schlechterdings nicht ersichtlich. Man wird also ruhig annehmen

[1] Staudinger zu § 706 Anm. III d; Cosack a. a. O. S. 374 und Crome S. 775 Anm. 44. Düringer-Hachenburg S. 62 Anm. 62.

[2] Staudinger zu § 706 Anm. III d.

[3] Vergl. Leonhard, Erfüllungsort und Schuldort, 1907, insbesondere S. 76 ff.

können, daß in diesem Falle die Gefahr übergeht, sobald der Gesellschafter die in § 447 bezeichneten Handlungen vorgenommen hat[1]. Es wird allerdings zuzugeben sein, daß sehr häufig aus den Umständen ein andrer Parteiwille zu entnehmen sein wird, daß insbesondere etwa die Gesellschafter damit rechnen, ihre Beiträge seien Bringschulden. In derartigen Fällen wird dann natürlich die Bestimmung des § 447 hinter dem Parteiwillen zurücktreten.

Ebenso ist die Interessenlage bei Kauf und Gesellschaft insoweit die gleiche, als sie in Betracht kommt für die Anwendung der Vorschriften über die Verteilung der Auslagen für Verwendungen (§ 450), sowie über die Verpflichtung, die bei der Vertragserfüllung entstehenden Kosten zu tragen (§ 448). § 452 BGB. kann deshalb nicht zur Anwendung gelangen, da ja ein „Kaufpreis" im Sinne des Kaufrechts nicht denkbar ist.

§ 20.

Die Gewährleistungspflicht bei der Gesellschaft mit entgeltlichem Veräußerungsbeitrag.

Die analoge Anwendbarkeit einer großen Zahl der Bestimmungen des Kaufrechts, insbesondere der Normen über die Gewährleistungspflicht, auf andere entgeltliche Veräußerungsverträge ist, wie wir sahen, in den §§ 445 und 493 BGB. ausdrücklich vorgeschrieben, da ja die Gesellschaft ein entgeltlicher Vertrag ist[2]. Die Ansicht Titzes[3], nach dem diese Paragraphen bei der Gesellschaft mit Veräußerereinlage nicht gelten, wurde schon oben grundsätzlich abgelehnt. Gerade bei der Gewährleistungspflicht wird es aber besonders zutage treten, daß die eigenartige Interessenlage der Gesellschaft die Anwendung der Bestimmungen über den Kauf nur mit sehr erheblichen Modifikationen möglich macht.

Titze[4] meint, daß die Bestimmungen schon deshalb nicht passen, weil sie grundsätzlich nicht auf die besonderen Verhältnisse der Gesellschaft zugeschnitten sind. Dies ist in dem Umfange, wie Titze es nimmt, nicht richtig. Denn der Grundgedanke der Mängelgewähr ist eben: wenn der Verkäufer sich vertraglich verpflichtet, eine Sache für die Zukunft dem Zwecke eines andern dienen zu lassen, so hat er die Sache s o zu verschaffen, daß sie dem Zwecke auch w i r k l i c h dienen kann. Die Einzelbestimmungen über die Folgen der Gewährleistungspflicht sind nur spezielle Ausgestaltungen dieses Grundgedankens. Der richtige Weg wird daher sein, bei jeder Einzelbestimmung nachzuspüren, inwiefern er durch das besondere Wesen der Gesellschaft Modifikationen erhalten muß.

---

[1] Ebenso Enneccerus S. 503; Planck zu § 706 Anm. 3.

[2] Herrschende Meinung. Die Vertreter dieser Ansicht vgl. oben S. 60 Anm. 3.

[3] Titze a. a. O. S. 317 ff.

[4] Titze a. a. O. S. 317.

Es ist auch absolut unrichtig, wenn Titze[1] ausführt, daß es kaum angängig sein werde, „die strenge Haftung des Verkäufers ohne weiteres auf einen Schuldner auszudehnen, der nicht einmal für omnis culpa (§ 708) verantwortlich sei". Denn der § 708 will nur regeln, welcher Grad des Verschuldens vorliegen muß, damit die Rechtsfolgen eines Verschuldens eintreten. Daß aber der Gesellschafter die Sache der Gesamthand leisten muß, in einem Zustand, daß sie auch wirklich dem Gesellschaftszweck dienen kann, und daß sich an den Fall, daß dies nicht geschieht, vom Verschulden unabhängige, auf die Pflicht zur Übertragung der Sache zu Eigentum besonders zugespitzte Rechtssätze knüpfen, ist eine Sache durchaus für sich. Für diese Lösung spricht auch, daß das Gesetz an zwei andern Stellen (§ 365 bei Hingabe an Erfüllungsstatt und § 757 bei Hingabe eines Gegenstands aus der Gemeinschaft nach deren Aufhebung an einen Teilhaber) die Mängelvorschriften des Kaufs ohne Rücksicht auf den im vorangegangenen Schuldverhältnis zu vertretenden Verschuldensgrad anwendet.

Anders ist es natürlich, soweit bei der Gewährleistungspflicht Verschulden in Betracht kommt. Hier tritt die Rechtsfolge nur dann ein, soweit die konkrete Sorgfaltspflicht, die nach § 708 gewahrt werden muß, verletzt ist[2]. Sofern das Gesetz beim Kauf freilich als Voraussetzung für eine Haftung Arglist annimmt (§ 463), gilt dies auch bei der entsprechenden Gesellschaftsform. Die Haftung tritt also nicht schon ein bei jeder Verletzung der diligentia quam suis; denn Arglist ist, wie Knoke in anderem Zusammenhang[3] richtig ausführt, gegenüber der Fahrlässigkeit nicht nur eine graduelle Steigerung, sondern ein aliud.

U. E. ergibt sich zwar nicht aus § 708, sondern aus § 723 eine einschneidende Einschränkung des Rechts der Sachmängelgewähr; soweit nämlich die Wirkungen der Gewährleistungspflicht im Ergebnis zur Auflösung der Gesellschaft führen würden, gelten sie nur, insofern sie mit dem Endigungsrecht der Gesellschaft nicht in Widerspruch stehen. Dies entspricht dem allgemeinen oben in § 14 festgelegten Grundsatz.

Im übrigen gilt hinsichtlich der Voraussetzung der Rechtsmängelgewähr, daß die Bestimmung der §§ 433 ff. ohne Schwierigkeiten auf die Gesellschaft mit Veräußerereinlage sich anwenden lassen und daß sie auch durchaus der Interessenlage bei dieser entsprechen[4].

Nun statuiert das BGB. in den §§ 440 f. die Rechtsfolgen der Verletzung dieser Rechtsverschaffungspflicht. Die Frage ist nun die: Inwieweit verändern sich diese dadurch, daß die Leistung nicht an eine individuell bestimmte Person geschieht, sondern dem Zwecke der Gesellschaft, zu der auch der Leistende selbst gehört, dienen soll? Nach § 440

[1] Titze a. a. O. S. 311.

[2] Ebenso Enneccerus S. 303 Anm. 4.

[3] Knoke, ZHR. Bd. 75 S. 436.

[4] So die durchaus herrschende Meinung. Vgl. Cosack a. a. O. S. 374; Knoke S. 30; Enneccerus S. 303; Staudinger zu § 706 Anm. III c; Planck zu § 706 Anm. 3.

bestimmen sich in diesem Falle die Rechte des Käufers nach den §§ 320—327, d. h. es finden die allgemeinen Vorschriften über die Nichterfüllung beim synallagmatischen Vertrag Anwendung. Das Gesetz betrachtet also die Haftung wegen Rechtsmängel lediglich unter dem Gesichtspunkt der Nichterfüllung des Vertrags[1]. Da nun aber oben § 7 festgestellt wurde, daß die Vorschriften der §§ 320 ff. auf die Gesellschaft nicht passen, kann ihre Anwendbarkeit auch hier nicht in Betracht kommen. An ihre Stelle treten vielmehr auch hier die Vorschriften der §§ 275 ff., ferner die allgemeinen Kündigungsvorschriften des Gesellschaftsrechts[2]. Die Einzelvorschriften der Absätze 2—4 des § 440 passen durchaus auf die Gesellschaft.

Die grundsätzliche Anwendbarkeit der Vorschriften des Kaufrechts über die Sachmängelgewähr auf die Gesellschaft mit Veräußerungseinlage ist, wie wir sahen, sowohl aus der ausdrücklichen Bestimmung des § 493, wie aus der gleichartigen Interessenlage zu entnehmen[3].

Die Anwendbarkeit im einzelnen gestaltet sich aber sehr schwierig.

Zuerst erhebt sich die Vorfrage, wer berechtigt ist, den Mangel geltend zu machen. U. E. ist die Frage nicht mit der zusammenzuwerfen, wer Gläubiger der Beitragsforderung ist. Sie ist vielmehr anders zu beantworten wie diese. Es ist nämlich — wie bei der Frage, wer Schuldner der Annahmepflicht ist — davon auszugehen, daß die Beitragspflicht zu einem gemeinschaftlichen Zweck zu erfolgen hat. Mit der Leistung tritt, wenn man so sagen will, der Beitrag in die „Sphäre des gemeinsamen Zwecks" ein, also in die der Gesamtheit der Gesellschafter. Wenn demnach nach der Leistung ein Mangel sich zeigt, so ist diese Sphäre der Gesamtheit berührt, ihr werden also auch die Gewährleistungsansprüche zustehen[4].

Der Geltendmachung des Gewährleistungsanspruchs wird der Veräußerungsgesellschafter selbst, dessen Leistung mangelhaft ist, nicht widersprechen können. Dies folgt schon aus den allgemeinen Vorschriften über Treu und Glauben.

Was die Voraussetzungen der Gewährleistungspflicht wegen Sachmängel betrifft, so haben wir gesehen, daß an sich kein Bedenken besteht, Gewährleistungsansprüche auch dann zu gewähren, wenn ein Verschulden des Veräußerungsgesellschafters nicht vorhanden ist.

Was nun aber Wandelung und Minderung anlangt, so lassen sich diese so, wie sie im Gesetz stehen, auf die Gesellschaft nicht ohne wei-

---

[1] Herrschende Meinung. Enneccerus S. 318; Planck-Knoke zu § 440 Anm. 1.

[2] Daß die Frage, was für Vorschriften im Falle der Nichterfüllung des Vertrags bei der Gesellschaft im einzelnen zur Anwendung kommen, außerhalb des Rahmens unserer Arbeit liegt, wurde schon in der Einleitung der Arbeit festgelegt.

[3] Ebenso im Ergebnis die durchaus herrschende Meinung. So Knoke, Gesellschaft S. 50 ff. und S. 30; Enneccerus § 397 I 1 a; Planck zu § 706 Anm. 3; Örtmann zu § 706 Anm. 3; Cosack S. 374; Düringer-Hachenburg S. 58 Anm. 59; Staub I zu § 105 Anm. 35.

[4] Ebenso im Ergebnis Knoke S. 51 für den Wandelungsanspruch (nicht für den Hinderungsanspruch). A. A. Düringer-Hachenburg S. 61 Anm. 61.

teres anwenden[1]. Denn die Folge der Verwirklichung des Wandelungsrechts ist nach § 467 in Verbindung mit § 346, daß die Parteien die gemachten Leistungen wie beim Rücktritt gegenseitig zurückzugewähren verpflichtet sind. Bei der Gesellschaft besteht nun aber eine derartige konkrete Gegenleistung überhaupt nicht, denn die Pflichten der Gesellschafter gehen nicht auf Leistungen aneinander, sondern an die Gesamtheit der Gesellschafter zusammen. Aus diesem Grund ist es nicht möglich anzunehmen, daß für den Fall der Mangelhaftigkeit der Leistung des einen Gesellschafters auch die Leistungspflichten der andern sich in entsprechendem Maße mindern[2]. Auch die Gewinnchance ist nicht ohne weiteres als Gegenleistung anzusprechen, ganz abgesehen davon, daß sich hier noch andere Bedenken zeigen, wie unten noch auszuführen sein wird.

Eine weitverbreitete Ansicht[3] versucht diesen Schwierigkeiten dadurch abzuhelfen, daß sie meint, Wandelung bedeute in diesem Falle, daß an Stelle des ursprünglich zu leistenden Gegenstands Geld geleistet werden müßte, und daß die Höhe dieser Nachleistungspflicht sich bestimme nach dem Werte der zu liefernden Sache in mangelfreiem Zustand; ebenso entspräche dem Recht auf Minderung des Kaufpreises ein Recht auf Nachzahlung der Differenz zwischen dem Wert der Sache im mangelfreien Zustand und dem bei mangelhaftem Zustand. In diesem Ergebnis ist etwas Richtiges enthalten, aber die Begründung ist u. E. durchaus falsch. Denn aus den Vorschriften über die Wandelung und Minderung läßt es sich nicht herleiten, was die folgenden Ausführungen ergeben werden.

Interessenlage und Gesetzeszweck führen vielmehr zu einem geradezu entgegengesetzten Resultat. Die Ratio der Wandelung ist: das Gesetz will, wenn der Zweck, den der Käufer mit dem Vertrag verfolgt hat, wegen der Mangelhaftigkeit der Sache nicht erreicht werden kann, dem Käufer die Möglichkeit geben, sich wieder in die Lage zu versetzen, in der er war, bevor er den Vertrag abgeschlossen hatte. Diesen Zweck aber wird er auch bei der Gesellschaft nur durch Rückgängigmachung des Vertrags erreichen können, d. h. also, der Gesellschafter müßte aus der Gesellschaft ausscheiden, und es würden ihm alle mit seiner Teilnahme an der Gesellschaft zusammenhängenden Rechte verloren gehen; die empfangenen Vorteile müßte er zurückgewähren.

---

[1] Düringer-Hachenburg S. 58 Anm. 59; dieser setzt an Stelle der Wandelung die — nicht rückwirkende — Auflösung der Gesellschaft, sofern „die Sache selbst von solcher Bedeutung für die Gesellschaft ist, daß ihr Fortfall eine wesentliche Erschütterung der Gesellschaft zur Folge hat" (S. 59). Ist dies nicht möglich, so fällt nach D. die Wandelung ersatzlos weg.

[2] Ebenso im Ergebnis: Düringer-Hachenburg, S. 60 Anm. 60.

[3] Enneccerus § 397 Anm. 3; Staudinger zu § 706 Anm. III. Nur für die Minderung (nicht für die Wandelung) auch Düringer-Hachenburg, S. 60 Anm. 60.

Der bei der Minderung leitende Gesichtspunkt ist der, daß, wenn die Zwecke des einen Teils nicht voll erreicht werden können, dann auch der andere Teil von dem Vertrag nicht den vollen Vorteil haben solle. Dies würde an sich dazu führen, daß jedenfalls die schuldrechtlichen Vorteile des Gesellschafters — insbesondere sein Gewinnanteil — entsprechend herabgemindert würden[1].

Bei dieser Minderung entsteht nun zunächst einmal aber die Schwierigkeit, daß die Vorteile des Gesellschafters eben durchaus nicht alle materiell meßbar sind. So ist zunächst einmal das personenrechtliche Element des Gesellschaftsrechts etwas durchaus nicht wägbares. Nicht meßbar sind auch die möglicherweise nur ideellen Vorteile bei einer Gesellschaft mit idealem Zweck.

Schon aus diesem Gesichtspunkt ließen sich die Vorschriften über die Minderung und ebenso die über die Wandelung ohne weiteres nur auf die Fälle zur Anwendung bringen, bei denen es sich handelt um Gesellschaften, die keinen idealen Zweck haben und bei denen das personenrechtliche Element nicht vorhanden ist, bei denen also ein Gebilde vorliegt nach Art der römischen sozietas.

Insbesondere aber ist davon auszugehen, daß die Wandelung nichts anderes bedeutet als ein Ausscheiden des Gesellschafters und damit im Regelfall die Auflösung der Gesellschaft. Ebenso ist die Minderung tatsächlich ein teilweises Ausscheiden. Das widerspricht nun aber dem § 723 BGB.

Was nun zunächst die Wandelung betrifft, so läßt sich die Begründung, die das RG.[2] für die Nichtanwendung der Verzugsvorschriften gibt, mit den entsprechenden Modifikationen auch hier anwenden: „Dem Gesetze kann unmöglich die Absicht unterstellt werden, daß es nur an einen wichtigen Grund, daher regelmäßig nur an die vorsätzliche und grob fahrlässige Verletzung der Rechte der andern das Recht der Auflösung und Auseinandersetzung knüpfend, das viel einschneidendere, weil rückwärts wirkende Recht der Wandelung und Minderung lediglich nach den allgemeinen Kaufgrundsätzen gewährt." Das gilt bei den Gesellschaften, die auf bestimmte Zeit abgeschlossen sind. Bei den Gesellschaften auf unbestimmte Zeit besteht nach Satz 1 des § 723 Abs. 1 sowieso ein jederzeitiges Kündigungsrecht, so daß also schon um deswillen Wandelung nicht in Betracht kommt[3].

Was nun die Minderung betrifft, so ist zu bedenken, daß, sofern nichts anderes vereinbart ist, zugleich mit einer Herabminderung der Vorteile des Gesellschafters, insbesondere seines Gewinnanteils, automatisch auch sein Anteil am Verlust kleiner würde (§ 722 Abs. 2), so

[1] Zu demselben Ergebnisse kommen Planck zu § 703 Anm. 3; Knoke S. 51.

[2] RGEntsch. Bd. 81 S. 306.

[3] Mit dem Wegfall des Wandelungs- und Minderungsrechts fällt auch die Anwendbarkeit der diese Rechte im einzelnen regelnden Vorschriften (§§ 466, 467, 468 Satz 2, 469 und 471—474) weg.

daß, wenn die Gesellschaft Verlust machen würde, diese Minderung der Gesellschafterrechte in Wahrheit zu einer Bevorzugung des Veräußerergesellschafters, der einen schlechten Beitrag gemacht hat, führen würde. Anzunehmen, daß der § 722 Abs. 2 hier etwa nicht gelte, da etwas anderes als vereinbart anzusehen sei, und daß der Gesellschafter entsprechend seinem ursprünglichen Beitrag am Verlust teilnehme, dürfte zu einer schweren Unbilligkeit gegen den Gesellschafter führen, bei dem ja Verschulden nicht vorzuliegen braucht. Das Ergebnis ist also: auch Minderung ist im Gesellschaftsrecht nicht möglich.

Daß es aber trotzdem nicht gerechtfertigt ist, etwa mit Titze die Anwendung der Gewährleistungsvorschriften des Kaufrechts auf die Gesellschaft g r u n d s ä t z l i c h abzulehnen, ergibt sich daraus, daß wir den leitenden Gesichtspunkt, der für die Gewährleistung bei der Gesellschaft gilt, aus einer anderen Bestimmung des Mängelrechts entnehmen werden: aus dem § 480, der zunächst nur den Sonderfall des Gattungskaufs zu regeln scheint, in dem aber u. E. ein allgemeiner Gesichtspunkt zutage tritt.

Nach diesem Paragraphen kann der Käufer einer nur der Gattung nach bestimmten Sache statt der Wandelung oder der Minderung verlangen, daß ihm an Stelle einer mangelhaften Sache eine mangelfreie geleistet wird. Dies bedeutet aber folgendes: Das Gesetz will den Käufer so lange die Realisierung des beim Verkaufsabschluß verfolgten Zwecks verwirklichen lassen, als es irgend möglich ist[1]. Denn so lange von den Gattungssachen irgend etwas noch vorhanden ist, kann der Zweck, den der Käufer verfolgt, noch erreicht werden, und zwar durch eine Leistung gerade durch den Verkäufer. Dies gilt aber beim Kauf nur bei Genußsachen, nicht bei Speziessachen; hier ist der Zweck nur durch die Leistung der einen speziell bestimmten Sache zu erreichen. Daher findet sich die Vorschrift nur beim Gattungskauf, nicht auch beim Spezieskauf. Bei der Gesellschaft liegt nun der Fall oftmals so, daß auch dann, wenn als Beitrag eine speziell bestimmte Sache zu leisten ist, die Erreichung des Zwecks nicht abhängig ist von der Leistung g e r a d e d i e s e r Sache. Er kann vielmehr ebensogut erreicht werden durch die Leistung des neutralen Geldes. Nun haben sich aber die Gesellschafter, wie schon ausgeführt, im Vertrag verpflichtet zur Mitwirkung an dem speziellen Gesellschaftszweck. Daher muß der Gesellschafter, wenn die ursprünglich geschuldete Leistung mangelhaft ist und infolgedessen der gemeinschaftliche Zweck nicht in vollem Maße durch d i e s e Sache erreicht werden kann, die Zweckerreichung dadurch ermöglichen, daß er die Differenz zwischen dem Wert der Sache in mangelfreiem Zustand und dem Wert in mangelhaftem Zustand nachleistet. Kann der Gesellschaftszweck durch Leistung einer mangelhaften Sache und der Gelddifferenz

[1] Derselbe Gedanke tritt besonders klar hervor bei der Regelung der Mängelhaftung beim Werkvertrag §§ 633 Abs. 2, 3; 634; vgl. unten S. 92 f.

nicht mehr erreicht werden[1], so kann die Gesellschaft Leistung des vollen Werts der Sache als Beitrag verlangen, natürlich gegen Rücklieferung der mangelhaften Sache.

Kann der Gesellschaftszweck auch dadurch nicht mehr erreicht werden, so liegt ein wichtiger Grund vor, nach dem gemäß § 723 Abs. 1 Satz 2 auch dann gekündigt werden kann, wenn die Gesellschaft auf bestimmte Zeit abgeschlossen ist. Möglicherweise ist dies aber gar nicht mehr möglich, da die Gesellschaft sich schon nach § 726 ipso iure wegen Unmöglichwerden des Gesellschaftszwecks aufgelöst hat.

Was die Voraussetzungen des Rechts auf Nachlieferung betrifft, so werden sie dieselben sein wie die des § 459 für die Wandelung und Minderung, da der § 480, auf dessen Grundgedanken wir unsere Ansicht aufgebaut haben, das Recht auf Nachlieferung n e b e n Wandlung und Minderung gewährt, und besondere Voraussetzungen — außer natürlich dem Erfordernis, daß eine Gattungssache vorliegt, was ja hier nicht in Betracht kommt — nicht kennt. Insbesondere ist nicht erforderlich — dies muß hier gegen Titze hervorgehoben werden —, daß irgend ein Verschulden des Veräußerungsgesellschafters vorzuliegen braucht, was durchaus billig erscheint.

Die Einzelvorschriften der §§ 460 und 461 werden auch bei der Gesellschaft mit Veräußererbeitrag zur Anwendung kommen können, da sie durchaus der Interessenlage bei dieser entsprechen. Doch ist zum Ausschluß der Mängelhaftung nach § 460 erforderlich, daß sämtliche Gesellschafter den Mangel kennen; Kenntnis eines einzelnen Gesellschafters genügt, wie Knoke[2] richtig hervorhebt, nicht.

Was den § 463 betrifft, so besteht keine Schwierigkeit bei der Anwendung des zweiten Satzes, in dem bestimmt ist, daß neben Wandelung und Minderung auch Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt werden kann, wenn der Mangel arglistig verschwiegen wurde. Es entspricht auch durchaus der Billigkeit, die Vorschrift auch bei der Gesellschaft anzuwenden. U. E. dürfte dies auch in dem ersten Fall gelten, nämlich wenn eine zugesicherte Eigenschaft zur Zeit des Kaufs bzw. in unserem Falle zur Zeit des Abschlusses des Gesellschaftsvertrags fehlt[3]. Denn daß der Gesellschafter dann, wenn er eine Eigenschaft der beizubringenden Sache beim Vertragsschluß ausdrücklich zusichert, für seine Erklärung einstehen muß, auch wenn das Fehlen der Eigenschaft nicht durch sein Verschulden herbeigeführt wurde, dürfte durchaus der Interessenlage bei der Gesellschaft entsprechen. Gerade hier zeigt sich u. E. besonders die Unhaltbarkeit der Titzeschen Theorie, die als Vor-

[1] Nur dann; denn wenn der Gesellschaftszweck noch durch Leistung der ursprünglichen Sache zusammen mit dem Geldzuschlag erreicht werden kann, besteht kein Grund, von dem Gesellschafter volle Geldleistung zu verlangen. Darin besteht der praktische Unterschied unserer Ansicht von den Ergebnissen der Lehre Staudingers.

[2] Knoke, Gesellschaft S. 51.

[3] Ebenso: Düringer-Hachenburg S. 60 Anm. 60.

aussetzung für die Gewährleistungspflicht bei der Gesellschaft immer culpa in concreta verlangt. Dies müßte zur Aufhebung jeglichen Vertrauens zwischen den Gesellschaftern führen.

Auch bei der Gesellschaft wird es übrigens wie in § 468 Abs. 1 gelten müssen, daß die Zusage einer bestimmten Größe eines Grundstücks gleich behandelt wird wie die Zusage einer bestimmten Eigenschaft.

Im übrigen ist natürlich bei der Pflicht zum Beitrag einer gattungsmäßig bestimmten Sache der § 480 auch bei der Gesellschaft anwendbar, denn aus den diesen Paragraphen zugrundeliegenden Gesichtspunkten haben wir ja schon oben unsere Lehre von der Nachleistungspflicht entwickelt[1]. Soweit eine Leistung aus der Gattung nicht mehr möglich ist, wird in Fortführung des bei der Nachlieferungspflicht allgemein zutage tretenden Gedankens eventuell eine sekundäre Geldbeitragspflicht anzunehmen sein, sofern der Zweck auch dadurch erreicht werden kann; es gilt hier genau dasselbe wie bei der sekundären Pflicht zur Leistung der Wertdifferenz bzw. des vollen Wertes in Geld bei Mangelhaftigkeit der Speziessache.

Was die Sondervorschriften des BGB. über die Gewährleistungspflicht bei Viehmängeln betrifft, so kommt hier natürlich lediglich die Besonderheit in Betracht, daß nur bestimmte Hauptmängel und diese nur innerhalb bestimmter Gewährfristen geltend gemacht werden können[2]. Der Zweck des Gesetzes bei diesen Normen ist nun, wie die Motive[3] erkennen lassen, die Erhöhung der Rechtssicherheit und die Abschneidung von Prozessen wegen Sachmängeln, insbesondere aber die besonderen Bedürfnisse des Viehhandels und damit der Viehzucht. Alle diese Gesichtspunkte treffen aber ebenso zu, wenn die Lieferung von Vieh Gegenstand der Leistung ist nicht bei einem synallagmatischen Vertrag, sondern bei einer Gesellschaft. Die Vorschriften der §§ 481 ff. BGB. gelten also in dem angegebenen Rahmen auch hier.

Eine Übersicht über die Gewährleistungspflichten wegen Sachmängel bei der Gesellschaft mit Veräußerereinlage ergibt also folgendes:

Liegt ein Mangel vor zur Zeit des Gefahrüberganges oder fehlt zu diesem Zeitpunkt eine zugesicherte Eigenschaft:

1. Geldleistung der Differenz zwischen dem Wert der mangelhaften Sache und dem der mangelfreien Sache.

[1] Wandelung und Minderung, die § 480 ebenfalls für anwendbar erklärt, kommen ja nicht in Betracht. Interessant ist übrigens, daß Knoke, Gesellschaft S. 51 in diesem Fall nur das Recht auf Nachlieferung, nicht aber das Recht auf Wandelung und Minderung (die Knoke sonst bei der Gesellschaft für möglich hält) gewähren will, und zwar mit der Begründung, daß „bei der Gesellschaft in erster Linie die Förderung des gemeinschaftlichen Zwecks stehe, daß dieser aber durch Wandelung und Minderung gefährdet werde". Dieser in der Begründung zutage tretende Gedanke führt in der Richtung unserer Anschauung, nach der beim Beitrag von Speziessachen Nachleistung in Geld verlangt werden kann.

[2] Der andere, daß nur Wandelung, nicht Minderung verlangt werden kann, fällt ja weg, da es diese bei der Gesellschaft sowieso nicht gibt.

[3] Motive Bd. II S. 249 ff.

2. Sofern dadurch der Zweck nicht mehr erreicht werden kann: Zahlung des vollen Werts unter Rückgabe der mangelhaften Sache.

3. Sofern auch dies nicht mehr zum Ziele führt

a) Kündigung aus wichtigem Grund (bei Gesellschaften, die auf bestimmte Zeit abgeschlossen sind).

b) Ist der Gesellschaftszweck unerreichbar: Auflösung ipso iure.

Liegt Arglist vor oder fehlen die zugesicherten Eigenschaften schon bei Vertragsabschluß: außerdem Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

Bei Einbringung einer Gattungssache außerdem Nachlieferung einer mangelfreien Sache.

Leistung von Vieh als Beitrag: Einschränkung der Gewährleistungspflicht auf Hauptmängel, die innerhalb der Gewährfrist zutage treten.

Zu beachten ist aber, daß daneben noch das Kündigungsrecht der Gesellschaft (§§ 726 ff.) voll zur Anwendung kommt. Ferner gelten grundsätzlich auch noch die Vorschriften der §§ 275 ff.

Zweiter Unterabschnitt.

Unentgeltliche Leistung eines Gegenstands quoad sortem als Beitrag (Schenkungsbeitrag).

§ 21.

Der dem Kauf entsprechende unentgeltliche Vertragstypus ist die Schenkung[1]. Beim Kauf leisten beide Parteien, die eine einen nicht in Geld bestehenden Gegenstand, die andere Geld; bei der Schenkung fällt eine der beiden Leistungen weg.

Für die gemischten Gesellschaftsverträge kommt an sich nur der Fall in Betracht, daß die Leistung ein nicht in Geld bestehender Gegenstand ist. In diesem Fall treten aber sämtliche Vorschriften auf, die gelten, wenn Geld unentgeltlich als Beitrag geleistet wird. Es kommen nur noch einige Spezialvorschriften dazu. Sofern es sich nicht um diese handelt, gilt die folgende Darstellung auch für die Gesellschaft mit unentgeltlichem Geldbeitrag.

Inwieweit die Vorschriften des Gesellschaftsrechts zur Anwendung kommen, wurde schon im allgemeinen Teil behandelt. Hier bleibt noch die Anwendbarkeit der Schenkungsvorschriften des BGB. zu erörtern.

Wir werden die Fälle, bei denen Beiträge zu leisten sind, die in unentgeltlichen Wert- oder Sachleistungen quoad sortem bestehen, die also der Schenkung analog liegen, als Schenkungsgesellschaften bezeichnen, entsprechend nennen wir den Gesellschafter, der den Beitrag leistet, „Schenkungsgesellschafter", den Beitrag selbst aber „Schenkungsbeitrag".

Es soll hier nochmals ausdrücklich betont werden, daß die im folgenden dargelegten Regeln sich nur auf diese Fälle beziehen, nicht aber auf andere Formen der unentgeltlichen Gesellschaft.

[1] Über das Problem der unentgeltlichen Gesellschaft im allgemeinen vgl. oben § 16.

Was nun die Form eines solchen Vertrags betrifft, so wird die Bestimmung des § 518, nach der für die Form des Schenkungsversprechens gerichtliche oder notarielle Beurkundung zur Gültigkeit verlangt ist, auch für das Versprechen gelten, in eine Gesellschaft einen Gegenstand oder Geld ohne Entgelt einzubringen. Denn auch hier ist nötig, den Versprechenden vor übereilten unwirtschaftlichen Rechtsgeschäften zu schützen, was ja der Zweck der Formvorschrift des § 518 ist[1]. Aber auch bei der Gesellschaft wird man annehmen dürfen, daß der Formmangel durch die Bewirkung der versprochenen Leistung geheilt wird.

Ist die Leistung erfolgt, so wird auch hier hinsichtlich der Mängelhaftung grundsätzlich dasselbe gelten wie bei der Schenkung; denn auch hier ist dem Schenkungsgesellschafter als dem ein uneigennütziges Geschäft Vornehmenden eine Herabsetzung der Haftung auf die Fälle zuzubilligen, für die der Schenker haftet (§§ 523, 524 BGB.). Da die Rechtsfolgen der Gewährleistungspflicht bei der Schenkung nur Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Nachlieferungspflicht sind, entstehen besondere Schwierigkeiten hier nicht. Es muß aber noch betont werden, daß auch im Falle des § 523 Abs. 2 der oben in § 16 S. 56 ausgeführte Grundsatz Bedeutung hat, nach dem nämlich, soweit Verschulden in Betracht kommt, der Gesellschafter auch der unentgeltlichen Gesellschaft immer für diligentia quam suis einstehen muß[2]. Hier bedeutet dies, daß eine Schadensersatzpflicht schon dann entsteht, wenn der Mangel dem Schenker beim Erwerb der versprochenen Sache infolge culpa in concreto unbekannt geblieben ist. Daß eine solche Festsetzung der Haftung auf die für culpa in concreto im Falle des Absatz 1 des zitierten Paragraphen, wo Arglist als Voraussetzung angenommen ist, nicht gelten kann, geht schon aus den Erörterungen beim Kaufrecht hervor[3].

Was den Anspruch auf Nachleistung des Geldwerts betrifft, so ist hier folgendes auszuführen: § 524 Abs. 2 legt bei der Schenkung einer Gattungssache dem Schenker die Pflicht zur Nachlieferung einer mangelfreien Sache für den Fall auf, daß es sich um eine Sache handelt, die der Schenker erst erwerben sollte, und daß der Fehler dem Schenker beim Erwerb der Sache bekannt gewesen oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist. Das bedeutet aber: für diesen Fall will das Gesetz das Interesse des Beschenkten an der vertragsgemäßen Ausführung der Schenkung besonders schützen. Ebenso wird es aber im Sinne des Gesetzes liegen, daß das Interesse der Erreichung des Gesellschaftszwecks in dem Falle geschützt wird, wenn der Schenkungsgesellschafter den Fehler der Sache, die er erst erwerben sollte, beim

[1] Motive II, S. 293; Planck zu § 513 Anm. 1; Staudinger zu § 518 Anm. II 1 a.

[2] Zur Begründung kann auf das in § 16 S. 55 f. sowie auf das im § 14 S. 48 Vorgetragene Bezug genommen werden.

[3] S. oben § 20 S. 65.

Erwerb kannte oder infolge Verletzung der konkreten Sorgfaltspflicht (die ja hier an Stelle der Pflicht zur Vertretung groben Verschuldens tritt) nicht kannte. In diesem Fall wird man dem Gesellschafter auch ein Recht auf Leistung der Differenz zwischen der minderwertigen und der vollwertigen Sache, bzw. ein Recht auf Leistung des vollen Werts (gegen Rückleistung der ursprünglich geleisteten Sache) geben dürfen, genau wie dem Gesellschafter mit entgeltlichem Veräußerungsbeitrag.

Die Beschränkung der Leistungspflicht des Schenkers bei wiederholten Leistungen auf die Lebensdauer (§ 520 BGB.) ist, sofern nichts anderes vereinbart ist, auch bei der Schenkungsgesellschaft durchaus angemessen.

Wenn das BGB. nun in den Vorschriften der §§ 519 und 528 f. im Anschluß an das römische Recht ein Recht des Notbedarfs geregelt hat, so war der leitende Gesichtspunkt der, daß der Gesetzgeber es nicht für billig fand, eine durch eine uneigennützige Handlung hervorgerufene Rechtslage zuungunsten des Spendenden auch dann noch aufrechtzuerhalten, wenn dieser selbst in Not gekommen ist. Derselbe Gesichtspunkt liegt aber auch bei der Schenkungsgesellschaft vor hinsichtlich der Leistung des Schenkungsgesellschafters. Man wird also die diesbezüglichen Vorschriften auch bei diesem grundsätzlich zur Anwendung zu bringen haben.

Das macht keine weitere Schwierigkeit bei der dilatorischen Einrede des § 519, wohl aber bei dem Rückforderungsrecht nach § 528. Die Hauptfrage ist hier: kann der Schenkungsgesellschafter nur das von seiner Beitragsleistung zurückverlangen, was noch im Gesellschaftsvermögen ist, oder auch das, was bereits in das Vermögen eines andern Gesellschafters gekommen ist; und sofern das zweite grundsätzlich zu bejahen sein sollte: kann nur das, was dem „beschenkten Gesellschafter" im Auseinandersetzungsverfahren zugekommen ist, zurückgefordert werden oder auch der Gewinn, der ihm durch die Teilnahme an der Gesellschaft zugeflossen ist?

Das BGB. gestaltet das Zurückforderungsrecht des Schenkers nach Maßgabe der Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung: sein Gedanke ist der, daß es so angesehen werden soll, als sei in diesem Fall die Hingabe ohne Rechtsgrund erfolgt; es werden daher hier grundsätzlich die Gesichtspunkte gelten, die bei der ungerechtfertigten Bereicherung in Betracht kommen.

Bei diesem nun muß eine Vermögensverschiebung stattgefunden haben auf Kosten des einen, zugunsten des andern; eine solche Vermögensverschiebung liegt aber zweifellos vor zwischen dem Schenkungsgesellschafter und der Gesellschaft als solcher, d. h. der Gesamtheit der Gesellschafter; das Vermögensgut, das bisher den Zwecken des Schenkungsgesellschafters gedient hat, dient jetzt den Zwecken der Ge-

samtheit. Daher kann der Gesellschafter jedenfalls seine Einlage von der Gesellschaft zurückverlangen, natürlich nur insoweit sie unentgeltlich ist. Kann der Geselschaftszweck dann nicht mehr erreicht werden, was wohl sehr häufig der Fall sein wird, so löst sich die Schenkungsgesellschaft auf (§ 726).

Wenn nun aber der „beschenkte" Gesellschafter bereits seinen Auseinandersetzungsanteil, der in Wahrheit aus dem Vermögen des Schenkungsgesellschafters stammt, erhalten hat, so wird man richtigerweise annehmen können, daß auch dieser, insoweit er „geschenkt" ist, zurückgefordert werden kann; und zwar auch dann, wenn man sich auf den Boden der Theorie stellt, nach der als ungerechtfertigte[1] Bereicherung nur die unmittelbare, nicht auch die mittelbare Bereicherung zu verstehen ist[2]. Denn die Gesamthand ist kein selbständiges Rechtssubjekt; Inhaber des Vermögens sind ja vielmehr die Gesellschafter in ihrer Verbundenheit. Der Übergang des „geschenkten" Werts in die Gesamthand und der in das Vermögen des einzelnen ist auf Grund eines einheitlichen Vertrags erfolgt. Ein Rückforderungsrecht gegen den „beschenkten" Gesellschafter ist daher jedenfalls gegeben.

Geht die Verpflichtung des bereicherten Gesellschafters auf das, was er als Anteil bekommt, so gilt dasselbe auch entsprechend § 818 BGB. für die gezogenen Nutzungen, insbesondere für die Zinsen, — natürlich nur insoweit als der Ertrag von Zinsen die Folge ist der Leistung des Schenkungsgesellschafters.

Dasselbe wird auch hinsichtlich der Anwendbarkeit des Widerrufsrechts wegen groben Undanks gelten; die sinngemäße Anwendung der §§ 530 ff. ergibt, daß Voraussetzung ist in diesem Falle der grobe Undank i r g e n d eines Gesellschafters, der eine Bereicherung infolge der Leistung des Schenkungsgesellschafters erhalten hat.

Die Sondervorschriften des BGB. über die donatio sub modo finden auf die entsprechende Form des Gesellschaftsrechts analoge Anwendung. Zu beachten ist aber hier folgendes: die Auflage kann sowohl der Gesellschaft als solcher als einem einzelnen „beschenkten" Gesellschafter gegenüber erteilt werden. Bei dem ersten Falle ist aber zu berücksichtigen, daß vielfach das, was bei der gewöhnlichen Schenkung als Auflage erscheinen würde, bei der Schenkungsgesellschaft lediglich die aus dem Gesellschaftsvertrag entspringende Pflicht zur Realisierung des Gesellschaftszwecks ist. Solche Fälle müssen hier natürlich ausscheiden.

[1] Der ungerechtfertigten Bereicherung ist ja hier durch die Fiktion des Gesetzes die durch Schenkung gerechtfertigte gleichgesetzt.

[2] Vgl. RG. J. W. 1908 S. 432; Staudinger zu § 812 Anm. I, 2, woselbst weitere Literatur über die im einzelnen nicht hierher gehörigen Fragen. Anderer Ansicht insbesondere Enneccerus S. 612.

Entgeltliche Leistung von Sachen und Rechten quoad usum als Beitrag.

§ 22.

Allgemeines.

Die Behandlung der Leistung einer Sache oder eines Rechtes quoad usum als Beitrag bringt insofern größere Schwierigkeiten mit sich[1] wie die der entgeltlichen Veräußerungsbeiträge, als uns beim Mietrecht keine den §§ 445 und 493 entsprechende ausdrückliche Vorschrift begegnet, nach der die Vorschriften über die synallagmat. Miete und Pacht bei der entsprechenden Gesellschaftsform entsprechende Anwendung finden. Die Motive[2] zeigen, daß das Gesetz an sich davon ausging, daß eine Regelung, die wie das schweizerische Recht die Mietsvorschriften entsprechend anwenden will, „nicht unbedenklich" sei. Diese Stellungnahme der Motive scheint um so unverständlicher, als diese bei den Gesellschaften mit entgeltlicher Veräußerungseinlage selbst von der Anwendbarkeit wenigstens der in den jetzigen §§ 445 und 493 zitierten Vorschriften ausgehen, ohne dies für bedenklich zu erachten. Wenn die Motive aber weiter sagen, daß „der Inhalt des Gesellschaftsvertrags entscheide", so ist doch festzustellen, daß dieser in der Mehrzahl der Fälle über diese schwierigen Einzelfragen überhaupt nichts angeben wird. Eine Abstellung auf den vermeintlichen Parteiwillen, der natürlich dann herangezogen werden müßte, bedeutet aber in diesem Falle nichts anderes als ein verschämtes Zurückgehen auf Interessenlage und Gesetzeszweck, da ja aus diesen der Parteiwille herausinterpretiert werden wird. Dieses Zurückgehen auf die Interessenlage heißt aber im Ergebnis nichts anderes, als daß diejenigen Vorschriften des Gesetzes, die eine ähnliche Interessenlage voraussetzen, analog angewendet werden müssen, und hier kommen wieder nur die Bestimmungen des BGB. über die Miete in Betracht. Eine analoge Anwendung dieser Vorschriften ist daher grundsätzlich geboten, wie dies auch die herrschende Meinung[3] annimmt. „Wenn bei der soc. quoad sortem wegen der darin liegenden entgeltlichen Veräußerung die zitierten Bestimmungen über den Kauf anzuwenden sind, so rechtfertigt bei der soc. quoad usum ihre Eigenschaft als entgeltliche Gebrauchsüberlassung die analoge Anwendung der entsprechenden Bestimmungen des Mietsrechts[4]." Es kann

---

[1] Das gleiche gilt auch für die Behandlung der in den folgenden Unterabschnitten behandelten Beitragspflichten.

[2] Motive II S. 600.

[3] Ebenso Örtmann zu § 706 Anm. 3; Staudinger zu § 706 Anm. III c; Knoke, Gesellschaft S. 30; Düringer-Hachenburg S. 62 Anm. 63; Enneccerus S. 503; Schreiber S. 223.

[4] Knoke a. a. O. S. 30.

natürlich, wie schon ausgeführt, eine besonders gestaltete Interessenlage einmal etwas anderes ergeben.

Mit den Motiven lehnt Plank[1] die entsprechende Anwendung der Mietsvorschriften ab. Ferner meint Kohler[2], die Vorschriften über die Miete seien deshalb nicht anwendbar, „weil es sich bei der Gesellschaft um ein persönliches Dienstbarkeitsrecht handle, nicht aber um pacht- oder mietweise Überlassung". U. E. ist damit die vorwiegend rechtliche Seite auch dort zugunsten der personenrechtlichen zurückgedrängt, wo sie zur Geltung kommen sollte. — Ebenso wird natürlich in der Konsequenz der von Titze[3] vertretenen oben behandelten Anschauungen die Nichtanwendung der Vorschriften über Pacht und Miete liegen. Nach Hoeniger[4] und seiner Schule muß die Anwendung der Rechtsnormen der Spezialtatbestände natürlich eine direkte sein.

Aus Zweckmäßigkeitsgründen wird im folgenden im Anschluß an die Regelung von Miet- und Pachtrecht im BGB. die Einbringung einer Sache und eines Rechts quoad usum in die Gesellschaft in einem und demselben Unterabschnitt dargestellt werden.

Die Gesellschaft mit entgeltlichem Beitrag einer Sache quoad usum wird der Einfachheit halber als „Mietsgesellschaft", der Gesellschafter, der die Leistung zu machen hat, als „Vermietergesellschafter" bezeichnet werden; entsprechend werden wir von „Pachtgesellschaft" und „Verpächtergesellschafter" reden. Die Beiträge werden als „Vermieterbeitrag" bzw. „Verpächterbeitrag" bezeichnet werden.

§ 23.

Der Vermieterbeitrag.

Die Begründung des Mietsverhältnisses, die regelmäßig formfrei ist, bedarf nach § 566 dann der schriftlichen Form, wenn es sich um die Miete eines Grundstücks (oder eines Wohnraums) handelt und der Vertrag für längere Zeit als 1 Jahr geschlossen werden soll. Dies gilt auch für die Mietsgesellschaft[5]. Denn bei der Bestimmung handelt es sich um eine Schutzvorschrift nicht sowohl zugunsten des Mieters, sondern auch zugunsten des Vermieters als desjenigen, der die Benutzungsmöglichkeit über eine unbewegliche Sache auf längere Zeit aufgibt, ebenso wie beim Immobiliarkauf zum Schutze des Verkäufers die notarielle Beurkundung vorgeschrieben ist. Der Besitzer einer unbeweglichen Sache soll eben gehindert werden, leichtfertig auf die Benutzung seines Grundstücks auf längere Zeit verzichten zu können, und diese Gesichtspunkte gelten auch bei der Gesellschaft mit Vermietereinlage.

[1] Planck zu § 706 Anm. 3 a. E. Freilich kann auch nach Planck der Inhalt des Vertrags die analoge Anwendung der Mietsvorschriften rechtfertigen.

[2] Kohler a. a. O. S. 399.

[3] Titze a. a. O. S. 317 ff.

[4] Hoeniger a. a. O. S. 382 ff.

[5] Anderer Ansicht Düringer-Hachenburg S. 63 Anm. 63.

Was die Beendigung der Gesellschaft mit Vermieterbeiträgen betrifft, so gilt auch hier der im allgemeinen Teil aufgestellte Satz: Grundsätzlich gelten die auf die Gesellschaft zugeschnittenen und ihrem Wesen entsprechenden Vorschriften der §§ 723 ff. BGB. Es ist zu untersuchen, welche Vorschriften aus dem Mietsrecht etwa noch daneben gelten können.

Zunächst ist festzustellen, daß die Kündigungsvorschriften der Gesellschaft insofern mit denen beim Mietsvertrag übereinstimmen, als beide scheiden zwischen Verträgen, die auf bestimmte Zeit abgeschlossen sind und solchen, die auf bestimmte Zeit gelten sollen.

Ist die Mietsgesellschaft nicht auf bestimmte Zeit abgeschlossen, so können die Vorschriften der §§ 565 ff. jedenfalls nicht zur Anwendung kommen, da sie eine Erschwerung des Kündigungsrechts gegenüber § 723 bedeuten würden und eine solche nach Absatz 3 dieses Paragraphen nicht zulässig ist. Es ist aber hier besonders zu berücksichtigen, daß der Zweck der Gesellschaft oftmals ergeben wird, daß diese auf eine bestimmte Zeit, insbesondere bis zum Zeitpunkt der Zweckerreichung abgeschlossen sein soll[1].

Auch bei der Gesellschaft, die auf bestimmte Zeit eingegangen ist, ist daran festgehalten, daß das Kündigungsrecht gegenüber § 723 nicht erschwert werden darf. Doch können daneben einige Vorschriften aus dem Mietsrecht gelten, wie schon erwähnt wurde.

So ist die Konsequenz der Anwendbarkeit der Formvorschrift des § 566 (siehe oben), daß ein Gesellschaftsvertrag mit Vermieterbeitrag, wenn er ohne die entsprechende Form abgeschlossen worden ist, jedenfalls auf 1 Jahr als geschlossen anzusehen ist, daß also vor einem Jahr grundsätzlich nicht gekündigt werden kann. Das besondere Kündigungsrecht des § 567 wird bei der Gesellschaft nicht allzu oft vorkommen, da sehr häufig die Ausnahme des Satzes 2 dieses Paragraphen, bei der das Kündigungsrecht nicht gelten soll, für die Gesellschaft zutreffen wird. Im übrigen wird seine Anwendung aber durchaus der Interessenlage bei der Gesellschaft entsprechen.

Was die besonderen Endigungsgründe des Mietsrechts betrifft, so werden die Voraussetzungen des § 544 (Gesundheitsschädlichkeit einer Wohnung) jedenfalls einen „wichtigen Grund" bedeuten, der schon nach § 723 zur Kündigung berechtigt, so daß eine Kündigung analog § 544 nicht mehr selbständig in Betracht kommt.

Die Bestimmung des § 549 Abs. 1 (Verbot der Untervermietung) geht in dem allgemeinen Satz auf, daß die Sache nur dem Gesellschaftszweck, zu dessen Förderung sie beigetragen wurde, dienen darf. Entspricht diesem eine Untervermietung des Gegenstands, so würde es dem Wesen der Gesellschaft widersprechen, wenn man dem Vermietergesellschafter

[1] Düringer-Hachenburg a. a. O. S. 194 Anm. 233.

deshalb ein Kündigungsrecht gewähren würde; im anderen Fall läge ein „wichtiger Grund" im Sinne von § 723 vor. Dagegen wird man die Haftung der Gesellschaft für den Fall der Untervermietung in Analogie zu § 549 gelten lassen müssen. Das Kündigungsrecht des § 554 fällt ohne weiteres weg, da es regelmäßige Gegenleistungen zur Voraussetzung hat und solche bei der Gesellschaft ja nicht vorkommen. Verweigern etwa die anderen Gesellschafter böswillig die Auszahlung des Gewinnanteils an die berechtigte Partei, so fällt das schon unter § 723.

Daneben gelten wie schon erwähnt auch noch sämtliche andere Endigungsgründe der Gesellschaft.

Die Vorschriften über die Beendigung des Mietsverhältnisses sind für Wohnräume u. ä. erheblich abgeändert worden durch die Mieterschutzgesetzgebung der Nachkriegszeit. Es fragt sich nun, ob das Kündigungsrecht des Vermietergesellschafters, der einen Wohnraum als Beitrag quoad usum entgeltlich zu leisten hat, an die Gründe und die Form der §§ 1—5 Mieterschutzges. vom 1. Mai 1923 (neueste Fassung vom 30. Juni 1926, RGBl. 1926 S. 397 ff. ausgeg. 1. Juli 1926) gebunden ist. Dies wird allerdings grundsätzlich zu verneinen sein, denn diese Bestimmungen sind auf die synallagm. Miete zugeschnitten. Analoge Anwendung wird freilich dann stattfinden müssen, wenn der Gesetzeszweck der Mieterschutzgesetzgebung, nämlich Schutz des durch die Wohnungsnot in eine besonders starke Abhängigkeit vom Vermieter gebrachten Mieters, in dem besonderen Fall zutrifft. In diesen Fällen gelten die Bestimmungen, obgleich es sich um eine Erschwerung des Endigungsrechts der Gesellschaft handelt, da sie zwingenden Rechts sind.

Was nun die Verpflichtungen der Gesellschafter im einzelnen betrifft, so kennt das Gesetz im § 536 zwei Hauptpflichten des Vermieters: 1. Überlassung der Sache in einem vertragsmäßigen Zustand, 2. Erhaltung der Sache in diesem Zustand während der Dauer der Miete.

Die erste dieser Vorschriften gilt natürlich auch für den Vermieterbeitrag.

Zeigt die Sache Mängel, die zur Zeit der Ablieferung vorhanden sind, so muß auch hier nach den allgemeinen Grundsätzen die prinzipielle Anwendung der Vorschriften, die das Mietrecht über die Mängelgewähr trifft, gelten[1].

Freilich wird man auch hier aus dem Wesen des Gesellschaftsrechts erhebliche Modifikationen folgern müssen. Wir haben bei der Gesellschaft mit entgeltlicher Veräußerungseinlage die Möglichkeit von Minderung[2] verneint. Ebensowenig werden wir die Rechtsfolgen des Man-

[1] Ebenso Düringer-Hachenburg S. 54; Ortmann zu § 706 Anm. 4; Staudinger zu § 706 Anm. III, 3; Enneccerus S. 379; Knoke S. 30; anderer Ansicht Planck zu § 706 Anm. 3; Kohler S. 399.

[2] Die Vorschriften des § 537 entsprechen dem Minderungsrecht beim Kauf, nicht dem Wandelungsrecht; diesem entspricht vielmehr logisch eher das Kündigungsrecht nach § 542 (nicht ganz, denn Kündigung ist keine Rückgängigmachung des Vertrags).

gels nach § 537 bei der Gesellschaft gelten lassen können, nach denen für die Zeit des Fehlers der „Mietzins" gemindert werden bzw. überhaupt wegfallen soll[1]. Es ergeben sich hier ebenfalls die Schwierigkeiten, daß die „Gegenleistung", der „Mietzins", bei der Gesellschaft eben fehlt, daß ferner die Minderung an den Vorteilen, die dem Gesellschafter aus der Teilnahme an der Gesellschaft erwachsen, in vielen Fällen überhaupt nicht denkbar ist, da die Vorteile hier ideeller Natur sind, und ferner, daß eine Minderung der Vorteile zugleich eine Minderung der Nachteile, insbesondere des Anteils am Verlust, bedeutet, so daß der Gesellschafter oftmals besser stehen würde, wenn er schlecht leistet als dann, wenn er gut leistet.

Wir werden vielmehr auch hier nicht anders als bei der Gesellschaft mit entgeltlichem Veräußerungsbeitrag eine Nachleistungspflicht in Geld, soweit damit der Zweck der Gesellschaft noch erreicht werden kann, annehmen müssen. Bei der Miete fehlt allerdings eine dem § 480 entsprechende Vorschrift, die im Falle der Einbringung einer mangelhaften Gattungssache auch Nachlieferung einer mangelfreien Sache kennt. Der Grund dafür liegt aber darin, daß die Interessenlage hier dadurch anders ist, daß bei der Miete als einem Verhältnisse, das sowieso nur auf Zeit geschlossen ist, nicht aber wie der Kauf eine dauernde Veränderung in den Rechtsverhältnissen zeitigt, es weniger dringend ist, daß der Zweck gerade durch d i e s e n Vertrag erreicht wird. Bei der Gesellschaft ist aber gerade der Gesellschaftszweck vom Gesetz als das entscheidende bei der Leistungspflicht der Parteien b e s o n d e r s hervorgehoben worden. Wir werden daher bei der Gesellschaft auch dann, wenn die Leistungspflicht des Gesellschafters nur in Überlassung der Nutzung besteht, den in § 480 zutage tretenden Gesichtspunkt zur Anwendung bringen, da die besondere Interessenlage, die seine Nichtanwendung bei der Miete verursacht hat, hier nicht besteht.

Wir werden daher auch hier sagen müssen, daß der Gesellschafter zur Nachleistung der Differenz zwischen dem Wert des Beitrags in mangelhaftem Zustand und dem in mangelfreiem Zustand verpflichtet ist, sofern und soweit der Gesellschaftszweck dadurch noch erreicht werden kann[2].

Ist dies nicht möglich, so wird auch hier an dessen Stelle die Pflicht zur Nachleistung des vollen Werts der Gebrauchsnutzung (gegen Rückgabe der Sache) zum Zuge kommen; kann auch dadurch der Zweck nicht

[1] Die Möglichkeit der Anwendung der Minderungsvorschriften des § 537 BGB. nimmt grundsätzlich an Düringer-Hachenburg S. 63 Anm. 65, obgleich auch ihm die Bedenken kommen, daß ein „Mietzins" bei der Gesellschaft fehlt.

[2] Nimmt man freilich an, daß schon bei der gewöhnlichen (syn.) Gattungsmiete der § 480 analog zur Anwendung zu bringen sei, daß also in diesem Fall eine Pflicht zur Nachlieferung bei mangelhafter Leistung einer gattungsmäßig bestimmten Sache bestehe (vgl. Hoeniger a. a. O. S. 37), so kommt man zu unserem Ergebnis auf viel einfachere Weise, da dann — wie oben S. 72 beim Kauf — nur der Grundgedanke der Regelung bei der syn. Miete zu entwickeln wäre.

erreicht werden, so kommt Kündigung nach § 723 bzw. Auflösung nach § 726 in Betracht.

Noch wichtiger ist die Ausgestaltung des Gedankens dahingehend, daß man weiter für den Fall, daß der Beitrag einer Gattungssache quoad usum zu leisten ist, und die Sache bei Gefahrübergang mangelhaft ist, wie in § 480 primär auch Nachlieferung der mangelhaften Sache verlangen kann[1], da der Grund, weshalb dies bei der synallagm. Miete nicht gilt, hier nicht zutrifft.

Die Voraussetzungen der Gewährleistungspflicht werden auch hier dieselben sein wie in § 537 für die Herabminderung des Mietzinses, jedenfalls soweit es sich auf die Mängel bezieht, die zur Zeit der Überlassung der Sache schon bestanden. Insbesondere ist also ein Verschulden des Gesellschafters nicht für notwendig zu halten.

Wenn dagegen der Mangel schon bei Abschluß des Vertrags vorhanden war, so wird der Vermietergesellschafter statt Nachleistung auch Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen können (§ 538), ebenso werden auch der § 539 BGB. über den Ausschluß der Haftung und der § 540 über die Unmöglichkeit des Ausschlusses der Haftung wegen Arglist gelten.

Dagegen wird das Kündigungsrecht des § 542 bei mangelhafter Leistung hier angesichts des allgemeinen Kündigungsrechts des § 723 bei der Gesellschaft zurücktreten müssen.

Ob den Vermietergesellschafter eine Pflicht auch zur Erhaltung der Sache trifft, wenn dies § 536 BGB. für den Vermieter bestimmt, wird sich nur von Fall zu Fall bestimmen lassen. Meist wird freilich eine solche Erhaltungspflicht nicht der Interessenlage und dem Parteiwillen bei der Gesellschaft entsprechen, vielmehr wird nach der Intention der Gesellschafter es Aufgabe der Gesellschaft sein, die Sache zu erhalten. Darauf dürfte meist auch der Umstand hinweisen, daß der Gesellschafter eine feste Vergütung nicht erhält. Natürlich kann in dem Falle des Wegfalles der Erhaltungspflicht von einer Gewährleistungspflicht für die Erhaltung der Sache nicht die Rede sein[2]. Ob der Fall eine Herabminderung des Werts der Einlage auch nachträgliche Verminderung der Vorteile des Gesellschafters, insbesondere des Gewinnanteils, nach sich zieht, ist lebhaft umstritten[3]. Für uns kommt diese Frage deshalb nicht in Betracht, weil nach unserer Anschauung eine Minderung bei der Gesellschaft ja überhaupt nicht möglich ist; selbstverständlich ist, daß im Auseinander-

[1] Zu diesem Ergebnis wird man natürlich ohne weiteres geführt, wenn man die analoge Anwendung des § 480 schon für den Fall der syn. Gattungsmiete für zulässig hält (vgl. S. 81 Anm. 2).

[2] Ebenso Düringer-Hachenburg S. 66 Anm. 67; Schollmayer S. 146; Kohler S. 399 lehnt die Möglichkeit der Erhaltungspflicht des Gesellschafters grundsätzlich ab; a. A. Örtmann zu § 706 Anm. 4.

[3] Gegen die Herabminderung des Gewinnanteils sind Goldmann-Lilienthal S. 742 Anm. 32; Enneccerus S. 303; Planck-Lobe zu § 707 Anm. 1; Staudinger zu § 707 Anm. II, 3a; Schollmayer S. 146; für eine Herabminderung Örtmann zu § 706 Anm. 4; Nordmann S. 31.

setzungsverfahren die eventuelle Nachschußpflicht des Gesellschafters nach § 735 bestehen bleibt[1].

Die Vorschriften betreffend die Voraussetzungen der Rechtsmängelhaftung gemäß § 541 gelten auch für die Gesellschaft. Bezüglich der Anwendung der Normen sind dieselben Einschränkungen zu machen wie bei der Sachmängelgewähr.

Was die analoge Anwendung der Mieterpflichten betrifft, so ergibt sich auch hier wie bei jeder andern Gesellschaftsform, daß Komplikationen dadurch entstehen, daß eine Gegenleistung nicht vorhanden ist. Daher fällt natürlich die Pflicht zur Zahlung des „Mietzinses" weg.

Dagegen besteht auch hier eine Pflicht zur Überlassung vertragswidriger Benutzung der Mietssache natürlich ebenso wie bei der Miete nach § 550. Schuldner der Pflicht ist die Gesamtheit der Gesellschafter, da die Leistung quoad usum zum gemeinschaftlichen Zweck erfolgt[2]. Aus der Interessenlage wird sich allerdings oftmals auch eine Pflicht der einzelnen Gesellschafter zur Unterlassung ergeben.

Daß aber das Verbot der Weitervermietung der Sache nur insofern gilt, als es sich um eine Weitervermietung handelt, die nicht dem Gesellschaftszweck entspricht, den durch die Leistung der Sache quoad usum zu fördern der Gesellschafter sich verpflichtet hatte, wurde schon oben erwähnt. Das Kündigungsrecht des § 553 wird in dem allgemeinen Kündigungsrecht des § 726 enthalten sein.

Nach § 556 BGB. hat der Mieter die Pflicht, die gemietete Sache nach Beendigung des Mietsverhältnisses zurückzugeben. Die Verletzung dieser Verpflichtung zeitigt eine eigentümliche Rechtsfolge: Der Vermieter kann „als Entschädigung" für die Dauer der Vorenthaltung den vereinbarten Mietzins verlangen — wobei die Geltendmachung eines weiteren Schadens nicht ausgeschlossen ist (§ 557).

Daß die Rückgabepflicht auch für die Gesellschafter dem Vermietergesellschafter gegenüber besteht, ist offenbar. Fraglich erscheint nun freilich, wie der Gedanke des § 557 sich bei der Gesellschaft auswirkt. Es ist nun davon auszugehen, daß der Mietzins nur „als Entschädigung" verlangt werden kann; es wird also nicht eigentlich das Mietsverhältnis als fortbestehend fingiert (wenngleich es im praktischen Ergebnis faktisch darauf hinauskommt). Es soll lediglich der dem Vermieter entstandene Schaden ausgeglichen werden. Dies bedeutet aber für die Vermietergesellschaft, daß nicht etwa das Gesellschaftsverhältnis mit dem Vermietergesellschafter als fortbestehend anzusehen sei. Denn die Ge-

[1] Staudinger zu § 707 Anm. II d; Planck zu § 707 Anm. 1; Örtmann zu § 707 Anm. 4.

[2] Daß es sich regelmäßig um eine gemeinschaftliche Pflicht der Gesellschafter handeln muß, geht auch daraus hervor, daß die vom Gesetz vorgesehenen Rechtsfolgen alle Gesellschafter treffen. Die Rechtsfolge ist nämlich ein Kündigungsrecht des verletzten Gesellschafters; die Kündigung eines Gesellschafters hat sich aber nach durchaus herrschender und richtiger Ansicht an alle Gesellschafter zu richten (Enneccerus S. 515 Anm. 1; OLG. 20 S. 31; 9 S. 11).

sellschaft enthält ja etwas personenrechtliches, was mit „Entschädigung" absolut nichts zu tun hat. Aber auch eine Beschränkung auf die vermögensrechtliche Stellung des Gesellschafters kommt nicht in Betracht. Denn da im Regelfall der Gesellschafter einen dem Gewinn entsprechenden Anteil am Verlust hat, wäre die Stellung des Vermietergesellschafters in vermögensrechtlicher Hinsicht eine viel zu gefährliche und problematische, als daß man hier unbedingt von einem „Schadensausgleich", einer „Entschädigung" sprechen könnte. Es bleibt vielmehr nur übrig, anzunehmen, daß „als Entschädigung" das Gesellschaftsverhältnis für die Dauer der Entziehung sich in ein synallagm. Mietsverhältnis verwandelt und dem bisherigen Vermietergesellschafter nun ein angemessener fester Mietzins als „Entschädigung" für die Entziehung der Nutzung zusteht.

Es ist nun noch die Frage zu behandeln, ob der Vermietergesellschafter, der ein Grundstück beiträgt, aus dem Gesellschaftsverhältnis für seine Forderungen an die Gesellschaft wie der Vermieter ein Pfandrecht an den eingebrachten Sachen habe. Dies wird zu verneinen sein[1]. Denn dieses Pfandrecht ist ein Ausdruck der ohne Berührung nebeneinanderstehenden f r e m d e n Interessensphären des Vermieters und des Mieters. Bei der Gesellschaft besteht aber ein solches fremdes Nebeneinander nicht, sondern vielmehr das durch das personenrechtliche Band hervorgerufene typisch enge Vertrauensverhältnis. Überdies ist der Grund dieser ganzen besonderen Bevorzugung des Vermieters eines Grundstücks in der Gefahr zu sehen, die für diesen darin liegt, daß der Mieter, nachdem er die Vorteile des Vertrags, die Benutzung des Grundstücks bzw. des Wohnraums genossen hat[2], ohne Begleichung seiner Schuld verschwindet. Diese Gefahr besteht aber nicht in dem gleichen Maße, wenn es sich um die Einbringung einer Sache in eine Gesellschaft handelt. Die Anwendung der Vorschrift ist daher ausgeschlossen.

Was die Gefahrtragung betrifft, so enthält das Gesetz die ausdrückliche Vorschrift des § 732, nach der für einen durch Zufall in Abgang gekommenen oder verschlechterten Gegenstand von dem Gesellschafter Ersatz nicht verlangt werden kann, daß also die Gefahr hinsichtlich der Sache selbst stets vom Vermietergesellschafter getragen wird[3]. Dieser Grundsatz wird gemildert dadurch, daß nach § 707 ein Gesellschafter nie zur Ergänzung der durch Verlust geminderten Einlage verpflichtet ist. Die Folge davon ist, daß die Gefahr hinsichtlich der Nutzungs-m ö g l i c h k e i t von der Gesellschaft getragen wird.

Die Bestimmung des § 547 über den Ersatz von Verwendungen entspricht durchaus der Interessenlage bei der Gesellschaft. Selbstverständ-

[1] Ebenso Schreiber S. 223. Düringer-Hachenburg S. 67 Anm. 68.

[2] Vermieter ist ja zur Vorleistung verpflichtet.

[3] Ebenso Schollmayer S. 73; Nordmann S. 31; Goldmann-Lilienthal S. 742; Enneccerus S. 506.

lich wird die Pflicht des Gesellschafters zum Verwendungsersatz nach Abs. 1 des zitierten Paragraphen nicht durch den § 707 BGB., nach dem eine Nachlieferungspflicht nicht besteht, beeinflußt. Denn dieser § 707 regelt nur die Begrenzung der Beitragspflicht; die Ersatzpflicht nach § 547 ist aber kein Beitrag.

Anwendbar ist auch § 548, nach dem der Mieter für durch vertragsmäßigen Gebrauch herbeigeführte Veränderungen und Verschlechterungen nicht aufzukommen hat; denn wenn jemand seine Sache dem gemeinschaftlichen Zweck der Gesellschaft dienstbar machen will, so entspricht es der Billigkeit, daß er für gewöhnliche Abnützung bei dieser Gelegenheit Ersatz nicht verlangen kann[1].

Auch die in § 571 für Grundstücke ausgesprochene Norm: „Kauf bricht nicht Miete" wird für die Mietsgesellschaft zur Anwendung kommen können. Denn die Gebrauchsüberlassung an den Grundstücksmieter ist ein verfügungsähnlicher Akt, und dieser Akt wirkt gegen den freihändigen Erwerber. Auch wäre es bedenklich, wenn der Fall, daß ein Gesellschafter etwa als Beitrag ein Geschäftshaus in die Gesellschaft einbringt, anders behandelt würde, als der Fall, daß die Gesellschaft einen — synallagm. — Mietvertrag mit dem Gesellschafter über das Haus abschließt.

Für die Auseinandersetzung der Mietsgesellschaft enthält das BGB. einige ausdrückliche Vorschriften: nach § 732 sind die Gegenstände, die der Gesllschaft zur Benützung überlassen sind, zurückzugeben. Doch kann, wie schon erwähnt, der Mietsgesellschafter für die Benützung der Sache Ersatz nicht verlangen.

§ 24.

Der Verpächterbeitrag.

Ist ein Recht oder eine fruchttragende Sache als Beitrag quoad usum geleistet, so gilt folgendes: Grundsätzlich sind die oben bei dem Vermieterbeitrag ausgeführten Sätze auch hier anzuwenden. Die Kündigungsvorschriften der Gesellschaft finden auch hier Anwendung und verdrängen grundsätzlich die des besonderen Vertragstypus. Dies gilt insbesondere von § 595, der eine Ausnahmevorschrift gegenüber der Miete enthält und der hinter dem Kündigungsrecht nach § 726 zurückstehen muß; § 596 kommt sowieso nicht in Betracht, da das Kündigungsrecht des Vermieters bzw. des Mieters nach §§ 549 Abs. 1, 569 und 570, auf das er sich bezieht, bei der Mietsgesellschaft sowieso nicht zum Zug kommt.

Nach § 597 kann der Verpächter, wenn der Pächter nach der Pacht die Sache nicht zurückgibt, für die Dauer der Vorenthaltung als Entschädigung den vereinbarten Pachtzins nach dem Verhältnis ver-

[1] A. A. Düringer-Hachenburg S. 66 Anm. 67.

langen, in dem die Nutzungen, die der Verpächter während dieser Zeit gezogen hat oder hätte ziehen können, zu den Zinsen des ganzen Pachtjahres stehen. Dieser Satz ist eine auf das Pachtrecht zugeschnittene Abwandlung des oben S. 83 beim Vermieterbeitrag besprochenen § 557 BGB. Die Art der Anwendung der Bestimmung des § 597 auf die Gesellschaft ist daher eine ähnliche wie die des § 557. Auch hier kann es sich nicht um Aufrechterhaltung des Gesellschaftsverhältnisses für den Verpächtergesellschafter handeln. Vielmehr wird sich hier — völlig entsprechend wie bei § 557 — das Gesellschaftsverhältnis in ein synallagm. Pachtverhältnis umwandeln, und der bisherige Verpächtergesellschafter wird „als Entschädigung" einen angemessenen Pachtzins für die Dauer der Entziehung verlangen können. Selbstverständlich gilt auch der Satz 2 des § 597, nach dem die Geltendmachung eines weiteren Schadens nicht ausgeschlossen ist.

Die Verteilung der Früchte und ihr Erwerb bieten keine besonderen Schwierigkeiten; es gelten die allgemeinen Grundsätze der §§ 101 und 956 BGB.

Das BGB. enthält in den §§ 582—594 zahlreiche Sondervorschriften für besondere Arten von Pachtverträgen.

Was die Pacht landwirtschaftlicher Grundstücke betrifft, so fällt der § 584 für die Gesellschaft von selbst weg, da er ja die Entrichtung des Pachtzinses behandelt und ein solcher bei der Gesellschaft nicht denkbar ist.

Auch der § 585 (Pfandrecht des Verpächters eines landwirtschaftlichen Grundstücks) kann hier nicht gelten, weil das Pfandrecht auch hier dem Wesen der Gesellschaft widerspricht genau so wie dasjenige des Vermieters; dagegen findet § 582 (Pflicht des Pächters zur Tragung der gewöhnlichen Ausbesserungskosten) Anwendung, ebenso grundsätzlich auch § 583 (Verbot an den Pächter, Änderungen in der wirtschaftlichen Bestimmung des Grundstücks vorzunehmen, die auf die Art der Bewirtschaftung über die Pachtzeit hinaus von Einfluß sind). Hier wird freilich die besondere Interessenlage in dem einen oder andern Fall die Annahme eines Parteiwillens, der den § 583 ausschließen will, rechtfertigen. In demselben Sinne gilt auch § 591 (Pflicht zur Rückgabe in dem Zustand, der sich aus fortgesetzter ordnungsmäßiger Bewirtschaftung ergibt).

Was die Pachtgesellschaft mit Beitrag eines Grundstücks samt Inventar anbetrifft, so lassen sich die Vorschriften der §§ 586 ff. grundsätzlich auch auf die Gesellschaft anwenden. Eine Ausnahme macht lediglich § 586 Abs. 2 Satz 1 (Verpflichtung des Verpächters, unter Umständen Inventarstücke zu ergänzen); auch hier gilt das oben[1] bei der Miete über die Pflicht zur Erhaltung der Sache gesagte entsprechend. Die

[1] Oben S. 82.

Ergänzungspflicht wird meist dem Parteiwillen widersprechen. Übrigens bleiben die Inventarstücke im Eigentum des Verpächtergesellschafters trotz § 706, Abs. 2 Satz 2, Denn die Inventarstücke sind als Zubehör des Grundstücks (§ 198 BGB.) eingebracht, und es wird im Sinne der Parteien liegen, daß sie dessen Schicksal teilen.

Anwendung findet § 589 Abs. 3, nach dem der Pächter, sofern der Gesamtschätzungswert der übernommenen Stücke niedriger ist als der der zurückzugewährenden, zur Ersatzleistung verpflichtet ist, da es sich hier lediglich um einen billigen Ausgleich einer eingetretenen Vermögensverschiebung handelt. Insoweit — aber nur insoweit — wird man auch das Pfandrecht des Pächters am Inventar für Forderungen, die sich darauf beziehen (§ 590), auch der Gesellschaft gegenüber dem Verpächtergesellschafter zubilligen müssen, da es sich insoweit nur um Sicherung einer Rückgängigmachung der Vermögensverschiebung handelt, was anders als bei § 583 mit dem Wesen der Gesellschaft durchaus verträglich ist.

Ebenso sind die Vorschriften über die Pacht eines Landgutes (§ 591 ff.) durchaus mit dem Wesen der Gesellschaft im Einklang.

Vierter Unterabschnitt.

Unentgeltliche Leistung eines Gegenstandes quoad usum als Beitrag (Verleiherbeitrag).

§ 25.

Ebenso wie der entgeltlichen Leistung einer Sache quoad sortem, dem entgeltlichen Veräußerungsbeitrag, die unentgeltliche Form des Schenkungsbeitrags entspricht, so steht neben der Vermietereinlage als der entgeltlichen Leistung einer Sache quoad usum die Verleihereinlage als die entsprechende unentgeltliche Form. Diese liegt dann vor, wenn jemand als Gesellschafter zur Förderung eines gemeinschaftlichen Zwecks einen Gegenstand auf Zeit überläßt, ohne aber deshalb an den vermögensrechtlichen Vorteilen der Gesellschaft teilzuhaben; die Sache bleibt wie bei der Einlage des Vermietergesellschafters im Eigentum des Gesellschafters, und wird bei der Auflösung der Gesellschaft diesem wieder zurückgegeben. Dabei lassen sich nahezu sämtliche Vorschriften über die gewöhnliche Leihe (§ 598 ff.) ohne weiteres auf die Leihgesellschaft analog anwenden. Eine Ausnahme macht lediglich die Vorschrift über die Kündigungsfristen (§ 605), die natürlich hinter den Bestimmungen über die Endigung der Gesellschaft zurückstehen muß, und ebenso die über die Haftung, da die schwache Haftung des § 599 (nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit) nicht dem Vertrauensverhältnis zwischen den Gesellschaftern entspricht, und der Haftung für konkrete Sorgfalt nach § 708 weichen muß.

Fünfter Unterabschnitt.

Entgeltliche und unentgeltliche Überlassung eines Werts auf Zeit als Beitrag (Darlehensbeitrag).

§ 26.

Wir konnten feststellen, daß eine Sachleistung Beitrag zu einer Gesellschaft sein kann derart, daß die Sache auf Zeit den Zwecken der Gesellschaft dienen, daß sie dann aber nach einer bestimmten Zeit genau so, wie sie geleistet worden war, zurückgegeben werden solle. In dem Falle, daß diese Überlassung der Sache eine entgeltliche ist, sprechen wir von Vermieterbeitrag, im Fall der Unentgeltlichkeit von Verleiherbeitrag. Genau auf dieselbe Weise kann auch der abstrakte Wert, d. h. eine Geldleistung Gegenstand des Beitrags zur Gesellschaft sein. Es ist dann ausdrücklich vereinbart, daß genau so viel, wie als Beitrag hingegeben worden war, nach einer bestimmten Zeit zurückgegeben werden soll, denn der Wert ist nur zur Nutzung an die Gesellschaft überlassen. Wir haben dann die dem synallagmatischen Darlehen analoge Form des Gesellschaftsrechts, und auch hier kann die Überlassung entgeltlich oder unentgeltlich sein. Wir sprechen am besten in derartigen Fällen von „entgeltlicher" und „unentgeltlicher Darlehensgesellschaft"; der Beitrag wäre dann „Darlehensbeitrag" zu nennen.

Von der typischen Gesellschaft und der Schenkungsgesellschaft unterscheiden sich diese Formen gerade durch die bestimmte Vereinbarung, daß genau derselbe Wert, der hingegeben worden war, zu bestimmter Zeit zurückerstattet werden soll. Verluste der Gesellschaft können daher die Verpflichtung der Gesamtheit der Gesellschafter, die Einlage voll zurückzuerstatten, nicht herabmindern; bei der Darlehensgesellschaft ist also der Verleihergesellschafter am Verlust an sich nicht beteiligt, genau so, wie dies beim Vermietergesellschafter der Fall ist[1]. Der Unterschied zu diesem zeigt sich hier erst im Verhältnis zu den Gesellschaftsgläubigern; denn während der Vermietergesellschafter im Fall der Pfändung der eingebrachten Gegenstände sein Eigentum auch gegenüber dem Gesellschaftsgläubiger geltend machen kann, hat der Darlehensgesellschafter natürlich den Gläubigern gegenüber keine solchen Rechte. Denn die Sache, an die der „Wert" geknüpft ist, das Geld, ist ja ins Eigentum der Gesamthand übergegangen. Dies liegt übrigens genau entsprechend wie bei synallagmatischer Miete und synallagmatischem Darlehen; denn lediglich nur der Vermieter, nicht aber der Darlehensgeber kann seine Rechte auf Rückerstattung Dritten gegenüber geltend machen.

[1] Daß ein Anteil am Verlust für die Gesellschaft nicht begriffsnotwendig ist, wird schon von Crome, partiarische Rechtsgeschäfte S. 22 vertreten; ferner von Düringer-Hachenburg S. 90 Anm. 96; Knoke, Gesellschaft S. 51; RG. 20, 165; 27, 15, 31, 35.

Der Darlehensbeitrag kann, wie schon bemerkt, entgeltlich und unentgeltlich geleistet werden. In beiden Fällen haben die Darleihergesellschafter an den personenrechtlichen Vorteilen der Gesellschaft teil.

Im ersten Fall hat der Darlehensgesellschafter während der Dauer der Überlassung des Werts an die Gesellschaft alle vermögensrechtlichen Rechte eines Gesellschafters, insbesondere das Recht auf den Gewinnanteil; der Gesellschafter m u ß im Falle der Entgeltlichkeit einen Anteil am Gewinn haben[1]. Es genügt nicht ein festes Entgelt. Denn ein solches zeigt immer darauf hin, daß der Zweck n i c h t ein gemeinschaftlicher ist. Hierher gehört insbesondere auch der Fall, daß feste Zinsen für den Beitrag versprochen sind. In diesem Fall liegen zwei durchaus getrennte Zwecke vor: 1. das Interesse des Nehmers der Leistung (der wieder eine Gesellschaft sein kann, unter deren Teilnehmern der Darlehensgeber sich aber nicht befindet!), der Geld auf Zeit leihen will; 2. das Interesse des Gebers der Leistung, der sein Geld derart verwerten will, daß er regelmäßige Früchte (Zinsen) davon bekommt. In Wahrheit handelt es sich hier also um ein echtes synallagmatisches entgeltliches Darlehen, das nicht einmal ein partiarisches Rechtsgeschäft ist.

Für die unentgeltliche Darlehensgesellschaft gilt im wesentlichen dasselbe, nur daß der Darlehensgesellschafter in diesem Fall keine vermögensrechtlichen Gesellschaftsrechte — außer natürlich den Rückforderungsanspruch — besitzt. Die personenrechtliche Stellung des Gesellschafters besitzt er aber ebenso wie der Schenkungsgesellschafter. Der große Unterschied zu diesem besteht aber darin, daß der Gesellschafter bei der unentgeltlichen Darlehensgesellschaft ebenso wie der bei der entgeltlichen den Anspruch auf die Zurückerstattung des Werts behält.

Was die Bestimmungen im einzelnen betrifft, so entsteht jedenfalls durch den Abschluß des Gesellschaftsvertrags eine Verpflichtung des Gesellschafters, den Darlehensbeitrag in das Gesellschaftsvermögen zu leisten. Die Gesellschaft mit Darlehensbeitrag ist also jedenfalls kein Realkontrakt[2]. Ist geleistet, so hat der Darleihergesellschafter das Recht, nach Ende der Gesellschaft (bzw. dem im Vertrag vereinbarten früheren Termin seines Ausscheidens) „Sachen gleicher Art, Güte und Menge" von der Gesellschaft zurückzuverlangen (§ 607).

---

[1] Daß in diesem entgeltlichen Fall der „Darlehensgesellschaft" tatsächlich eine Gesellschaft zu finden ist, wurde übrigens schon von Crome, Die partiarischen Geschäfte S. 22 ff. erkannt: „Es ist nicht abzusehen, warum nicht eine ausreichende und schutzwürdige Förderung des Gesellschaftszwecks auch darin liegen soll, daß ein Gesellschafter gewisse Sachen oder s o n s t i g e F o n d s in die Gesellschaft einbringt, mit dem Vorbehalt, sie später unbeschränkt zurückzuerhalten. Derartige „Fonds" werden aber im Regelfall doch in das Eigentum der Gesamtheit übergehen und nur ihr W e r t wird zurückerstattet werden. Jedenfalls wird davon, ob dies der Fall ist oder nicht, die Entscheidung der Frage abhängen, ob das Vertragsgebilde eine Gesellschaft ist oder nicht.

[2] Ob es das synallagmatische Darlehen ist, diese Streitfrage kann hier nicht untersucht werden.

Für die Beendigung sind die Bestimmungen des Gesellschaftsrechts maßgebend; die Kündigungsfristen des Darlehensrechts (§ 69) dürften meist als unter den Gesellschaften stillschweigend vereinbart anzusehen sein. Dabei bleibt aber natürlich das außerordentliche Kündigungsrecht des § 723 Abs. 1 Satz 2, da dieses ja nicht erschwert werden darf.

Die Bestimmung des Absatz 3 des § 609, nach dem, wenn Zinsen nicht bedungen sind, der Schuldner auch ohne Kündigung zur Rückerstattung berechtigt ist, wird im allgemeinen der Interessenlage bei der Gesellschaft nicht entsprechen, und daher nicht anzuwenden sein. Dasselbe dürfte für das Widerrufsrecht des Gesellschafters wegen wesentlicher Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des anderen Teils (§ 610) gelten, sofern der Fall nicht so liegt, daß man einen wichtigen Grund nach § 723 annehmen kann.

Bei der Auseinandersetzung wird man die Vorschriften des § 733 Absatz 2 Satz 3 analog anzuwenden haben: Es ist in diesem Fall der Wert der Überlassung nicht zu berücksichtigen, dem Darlehensgesellschafter also kein Ersatz hiefür zu gewähren.

Sechster Unterabschnitt.

Entgeltliche Leistung von Diensten als Beitrag für die Gesellschaft (Dienstbeitrag).

§ 27.

§ 706 Abs. 3 enthält die ausdrückliche Vorschrift, daß die Beitragsleistung eines Gesellschafters auch in der Leistung von Diensten bestehen kann[1].

Umstritten ist die Frage, inwieweit Dienste als Einlage dienen können. Nach Staub[2] ist dies nur möglich, soweit Dienste in Geld schätzbar sind oder die Gesellschaft durch die Leistung der Dienste Aufwendungen erspart. Allein diese Einschränkung ist durchaus unzulässig. Denn „das Gesetz wollte absichtlich wenigstens im Prinzip die persönliche Dienstleistung der Kapitaleinlage gleich stellen[3]".

Da die Dienstleistung somit vollständig als Einlage gilt, kann hinsichtlich des Anteils an Gewinn und Verlust § 722 (im Zweifel gleiche Anteile) voll zur Anwendung kommen[4]. Rudolf Meyer bezweifelt gegen kommen für den Fehlbetrag bei Auseinandersetzung nach Maßgabe der Anteile) voll zur Anwendung kommen[1]. Rudolf Meyer bezweifelt gegen

[1] Es ist übrigens durchaus verfehlt, wenn man zu den Diensten als Gesellschaftsbeiträgen die Hergabe des Namens rechnen will, wie Nordmann S. 30 dies tut, vielmehr handelt es sich hier um atypische Beiträge.

[2] Staub, 9. Aufl. zu § 161 Anm. 9, woselbst weitere Literatur.

[3] Motive II S. 569. Staudinger zu § 706 Anm. IV, 5. Windscheid-Kipp § 405 Anm. 14. Auch Düringer-Hachenburg S. 68 Anm. 69 kennt eine Einschränkung der Möglichkeit der Dienstbeiträge nicht.

[4] Ob die geleisteten Dienste zum Gesellschaftsvermögen gehören, ist eine Streitfrage. Oertmann § 718 Anm. 2 a und Rudolf Meyer S. 37 bejahen dies, während es von Knoke S. 77 verneint wird, u. E. mit Recht, denn die Leistung selbst hat keinen Vermögenswert, kann daher auch nicht Bestandteil eines Vermögens sein (Knoke).

die u. E. mit Recht herrschende Meinung, daß eine Gesellschaft nur aus Beiträgen von Diensten bestehen kann. Aus dem Wortlaut, den Meyer[1] für seine Ansicht zitiert, läßt sich gar nichts herleiten und daß „der vermögensrechtliche Charakter der Gesellschaft nicht genügend zum Ausdruck kommen würde", wäre, selbst wenn dies ein Erfordernis der Gesellschaft sein würde, schlechterdings unrichtig[2].

Was die Einzelheiten betrifft, so gilt im einzelnen das Dienstvertragsrecht des BGB. analog[3].

Was die Verpflichtungen im einzelnen anlangt, so gilt nach § 613 auch hier, daß der dienstverpflichtete Gesellschafter die Dienste im Zweifel in Person zu leisten habe, und daß die Dienste nur den Gesellschaftern zu leisten sind, da der Anspruch nicht weiter übertragen werden kann[4].

Eine Vergütung im Sinne einer Gegenleistung besteht bei der Gesellschaft mit Dienstbeitrag natürlich nicht. Der in § 612 Abs. 1 zugrunde liegende Gedanke wird aber sinngemäß derart auf die Gesellschaft anzuwenden sein, daß wenn den Umständen nach die Dienstleistung nur als entgeltliche zu erwarten ist, Entgeltlichkeit des Beitrags als vereinbart gilt.

Was die sozialpolitischen Sonderverpflichtungen des Dienstberechtigten, der den Verpflichteten in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen hat, betrifft, so können die Vorschriften des § 617 nicht zur Anwendung kommen; denn das Gesetz geht in diesem Paragraphen von der sozial typisch verschiedenen Stellung, in der sich die Parteien in diesen Fällen regelmäßig befinden, aus, die die besonderen Schutzvorschriften für den schwächeren Teil notwendig machen. Eine solche verschiedene soziale Stellung der Parteien liegt aber bei der Gesellschaft typisch nicht vor, die Vorschrift findet daher keine Anwendung[5]. Wohl aber gilt § 618 Abs. 1, nach dem der Dienstberechtigte (d. h. in diesem Fall der andere Gesellschafter) Räume, Einrichtungen und Gerätschaften, die er zur Verrichtung der Dienste zu beschaffen hat, so einzurichten und zu erhalten und die Dienstleistung unter seiner Anordnung oder seiner Leitung so vorzunehmen hat, daß der Verpflichtete gegen Gefahr für Leben und Gesundheit möglichst geschützt ist. Dasselbe gilt von den Pflichten des Abs. 2 des § 618 (Pflicht zur Schaffung eines ordnungsgemäßen Zustands der Wohn- und Schlafgelegenheiten usw.) bei Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft.

Eine Verletzung dieser Pflicht seitens der Gesellschaft zieht nach § 618 Abs. 3 Schadensersatzpflicht nach sich; doch ist hier zu beachten,

[1] Rudolf Meyer a. a. O. S. 36 f.

[2] Oertmann zu § 705 Anm. 2 b 3 ist ebenfalls gegen Meyer. Vergl. übrigens dazu auch den Fall bei Düringer-Hachenburg S. 69 Anm. 69: 4 Musiker schließen sich zur gemeinsamen Abhaltung regelmäßiger Konzerte zusammen. Nach Meyer wäre ein solcher Vertrag unmöglich.

[3] Ebenso Düringer-Hachenburg S. 68 Anm. 69. A. Ans. insbesondere Kohler S. 399

[4] Ebenso Düringer-Hachenburg S. 69 Anm. 69 bezüglich des 1. Falles.

[5] Ebenso im Ergebnis Düringer-Hachenburg S. 70 Anm. 70.

daß bei der Gesellschaft die Parteien grundsätzlich nur für die Sorgfalt haften, die sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen[1].

Hinsichtlich des Falles der Unmöglichkeit der Dienstleistung gelten an sich die Vorschriften der §§ 275 ff., soweit sie bei der Gesellschaft zur Anwendung gelangen, sowie die Beendigungsvorschriften des Gesellschaftsrechts. Doch gilt die den Dienstverpflichteten begünstigende Vorschrift des § 616, nach dem dieser durch eine während verhältnismäßig kurzer Zeit eingetretene schuldlose Verhinderung in seiner Person der Rechte aus der Gesellschaft nicht verlustig geht, regelmäßig auch bei der Gesellschaft mit Dienstbeitrag, da sie ja durchaus der Interessenlage bei ihr entspricht.

Im Falle des Annahmeverzugs des Dienstberechtigten gilt in § 615 beim Dienstvertrag, daß die vereinbarte Vergütung an den Dienstverpflichteten zu zahlen ist. Dieser Gedanke entsprechend auf das Gesellschaftsrecht übertragen, hat dort vor allem die Bedeutung, daß derartig der Gesellschaft angebotene Dienste vollauf die Rechte des Gesellschafters gewähren, ohne daß eine Pflicht zur Nachleistung besteht.

Siebenter Unterabschnitt.

Entgeltliche Lieferung eines Werks als Beitrag (Unternehmerbeitrag)

§ 28.

Auch die Herstellung eines Werks kann Beitragsleistung für die Gesellschaft sein. Auch hier gilt (wie bei der Dienstgesellschaft vgl. § 632), daß in der Regel ein entgeltlicher Vertrag, d. h. eine entgeltliche Gesellschaft mit Unternehmerbeitrag anzunehmen ist, wenn den Umständen nach die Werkleistung nur als entgeltliche zu erwarten ist. Hinsichtlich der Verpflichtungen des Unternehmergesellschafters ist § 633 anzuwenden, nach dem der Unternehmer verpflichtet ist, das Werk so herzustellen, daß es die zugesicherten Eigenschaften hat und nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Verkauf aufheben oder mindern.

Die Rechtsfolgen der Mängelgewähr sind hier beim Werkvertrag ausführlich geregelt. Die Fragen, die hier entstehen hinsichtlich der Anwendbarkeit der gesetzlichen Vorschriften auf die entsprechende Gesellschaftsform sind ähnliche wie beim Kauf.

Auch hier ist der beim Kauf in § 480 zutage tretende allgemeine Gedanke, auf den wir unsere Ansicht über die Geldnachleistungspflicht des Verkäufergesellschafters aufgebaut haben, in einer dem Werkvertragsrecht angepaßten Weise voll durchgeführt worden: in erster Linie soll der Zweck des Vertrags dadurch erreicht werden, daß der Unter-

[1] Düringer-Hachenburg a. a. O. S. 70 Anm. 70.

nehmer verpflichtet ist, die Mängel zu beseitigen. Kommt nun der Unternehmer dieser Pflicht nicht nach, so kann der Besteller durch eigenes Handeln auf Kosten des Unternehmers seinen Zweck zu erreichen suchen (§ 633 III).

Das Recht der Wandelung und Minderung kommt beim Werkvertrag nach Ablauf einer dem Besteller gestellten Frist und insbesondere dann zum Zuge, wenn die Beseitigung des Mangels ausgeschlossen ist, d. h. also, wenn der Zweck durch Ausbesserung nicht mehr erreicht werden kann: Wandelung und Minderung werden hier ebensowenig möglich sein, wie bei der Gesellschaft mit Veräußererbeitrag oder mit Vermieterbeitrag[1]. An deren Stelle wird auch hier die Pflicht zur Nachleistung der Wertdifferenz bzw. des vollen Werts in Geld (gegen Rückleistung) treten, sofern der Gesellschaftszweck dadurch noch erreicht werden kann. Ist dies nicht mehr möglich, so bleibt noch die Auflösung nach § 726 bzw. die Kündigung nach § 723.

Die Voraussetzungen der einzelnen Gewährleistungsansprüche gelten auch bei der Gesellschaft; soweit freilich Verschulden in Betracht kommt, gilt auch hier die gemilderte Haftung des § 708; dies gilt insbesondere im Falle des § 635 BGB., nach dem, wenn der Mangel des Werks auf einen von dem Unternehmer zu vertretenden Umstand beruht, der Besteller auch Schadensersatz verlangen kann.

Nicht zur Anwendung kommt das Rücktrittsrecht bei nicht rechtzeitiger Herstellung des Werks nach § 636, da es dem § 723 widerstrebt. Möglicherweise liegt aber ein „wichtiger Grund" vor.

Was die Pflicht der Gesellschaft bzw. der andern Gesellschafter gegenüber dem Unternehmergesellschafter betrifft, so wird man ebenso wie bei der Kaufgesellschaft übereinstimmend mit § 640 eine Abnahmepflicht anzunehmen haben. Dagegen wird die im § 642 ausgesprochene Pflicht zur Entschädigung des Bestellers, der mit einer bei der Erstellung des Werks vorzunehmenden Handlung im Verzug ist, bei der Gesellschaft nicht in Betracht kommen[2]. Denn dem Unternehmer entsteht durch das Unterlassen der Handlung ein Schaden insofern nicht, als er durch den Annahmeverzug der übrigen Gesellschafter genau so wie der dienstleistende Gesellschafter[3] die aus dem Gesellschaftsvertrag ihm zustehenden Rechte voll und ganz erhält.

Ebenso wird auch n i c h t bestehen können ein Kündigungsrecht des Gesellschafters nach Fristsetzung zwecks Nachholung der Handlung, da dieses dem § 723 widersprechen würde.

Bei den Vorschriften des Werkvertragrechts über die Gefahrtragung sind zu unterscheiden die Bestimmungen über die Tragung der Gefahr des Stoffs und die über die Tragung der Gefahr der Vergütung.

---

[1] Ebenso Düringer-Hachenburg S. 74 Anm. 75.
[2] A. A. Düringer-Hachenburg S. 74. Anm. 76.
[3] Vergl. oben § 27 S. 92.

Nun bestimmt § 644 Abs. 1 Satz 3 BGB., daß beim Werkvertrag die Gefahr des vom Besteller gelieferten Stoffs von diesem getragen wird, so daß also den Unternehmer im Falle einer zufälligen Verschlechterung oder Zerstörung des Stoffs irgend eine Ersatzpflicht nicht trifft. Dies wird bei der gleichartigen Interessenlage auch bei der Gesellschaft mit Unternehmerbeitrag zu gelten haben; hier tritt naturgemäß an Stelle des Bestellers die Gesamtheit der Gesellschafter.

Bezüglich der Gefahr der Vergütung beim Werkvertrag stellt der Satz 1 § 644 Abs. 1 die grundsätzliche Bestimmung auf, daß diese bis zur Abnahme des Werks vom Unternehmer getragen werden müsse. Man wird auch hier wegen der analogen Interessenlage die Bestimmung auf die Gesellschaft mit Unternehmerbeitrag grundsätzlich analog anzuwenden haben, genau so, wie die Bestimmungen über die Gefahrtragung beim Kauf auch bei der Gesellschaft mit Veräußererbeitrag gelten. Welche rechtliche Bedeutung der Gefahrübergang bei der Gesellschaft hat, wurde ebenfalls schon bei der Gesellschaft mit Veräußererbeitrag erwähnt[1]. Man wird also an Stelle des § 323 die Kündigungs- und Auflösungsvorschriften der Gesellschaft und die Bestimmungen über das Ausscheiden eines Gesellschafters (§§ 723, 726, 737) zu setzen haben.

Ebenso wie wir die besonderen Bestimmungen über die Gefahrtragung beim Versendungskauf (§ 447) auf die Gesellschaft mit Veräußererbeitrag zur Anwendung kommen ließen, werden auch die ihnen entsprechenden Vorschriften des § 644 Abs. 2, die eine Ausnahme vom Grundsatz des Abs. 1 bilden, bei der Werkleistungsgesellschaft zum Zuge kommen.

Nun stellt der § 645 BGB. eine zweite Ausnahme von der grundsätzlichen Regelung der Gefahrtragung beim Werkvertrag auf, indem er bestimmt, daß, wenn das Werk ausschließlich infolge des vom Besteller gelieferten Stoffes oder infolge einer besonderen Anweisung des Bestellers untergegangen oder verschlechtert worden ist, von dem Unternehmer ein entsprechender Teil der Vergütung und Ersatz der Auslagen verlangt werden kann. Diese Bestimmung wird nun im Recht der Gesellschaft mit Unternehmerbeitrag jedenfalls nur dann zur Anwendung kommen können, wenn der Gesellschafter entweder gemäß § 737 BGB. ausgeschlossen ist, oder wenn sich die Gesellschaft infolge Kündigung oder gemäß § 726 aufgelöst hat[2]. In diesen Fällen kann nun der Gesellschafter jedenfalls Ersatz der Auslagen von den übrigen Gesellschaftern verlangen. Was den weiter in § 645 festgesetzten Anspruch auf einen entsprechenden Teil der Vergütung für die Werkleistung betrifft, so ist davon auszugehen, daß der § 645 lediglich einen Ausgleich der beiderseitigen Vermögensinteressen erstreben will. Die Anwendung dieses

[1] Vergl. oben S. 63.

[2] Vorher bleibt ja der Unternehmergesellschafter in seinen aus dem Gesellschaftsvertrag entspringenden Rechten und Pflichten.

Gedankens auf die Gesellschaft bedeutet nun, daß dem Unternehmergesellschafter ein Anspruch gegen die übrige Gesellschaft auf billige Entschädigung entsteht; als Entschädigung ist aber im Fall der Fortsetzung der Gesellschaft (§ 737 BGB.) nicht eine weitere Teilnahme an der Gesellschaft in beschränktem Umfang zu verstehen, da diese ja nicht nur ein vermögensrechtliches, sondern auch ein personenrechtliches Verhältnis bedeutet und da außerdem auch in vermögensrechtlicher Hinsicht die Stellung eines Gesellschafters in den Regelfällen durch die Teilnahme am Verlust eine viel zu unsichere ist, als daß sie als „Entschädigung" angesehen werden könnte. Vielmehr läßt sich eine angemessene Lösung nur finden, wenn man annimmt, daß das gesellschaftsrechtliche Verhältnis zwischen dem Unternehmergesellschafter und den übrigen Gesellschaftern sich in ein synallagmatisches verwandelt, jener also einen Anspruch auf eine einmalige bestimmte angemessene Entschädigung erhält. Verpflichtet zur Leistung ist die Gesamtheit der Gesellschafter, die Gesamthand; denn für *diese* ist das Werk ausgeführt worden; da der frühere Unternehmergesellschafter nunmehr Gesellschaftsgläubiger ist, kann er im Falle der Auflösung der Gesellschaft bei der Auseinandersetzung gemäß § 733 BGB. die Befriedigung seiner Forderungen *vor* Rückerstattung der Einlage an die Gesellschafter verlangen.

Natürlich gilt auch hier die Möglichkeit einer weitergehenden Haftung der Gesellschafter wegen Verschuldens, jedoch nur mit der aus dem Gesellschaftsrecht zu entnehmenden Maßgabe, daß nur für culpa in concreto gehaftet wird. Diese weitergehende Haftung trifft aber nicht die Gesamthand, sondern jeweils denjenigen Gesellschafter, in dessen Person die Voraussetzungen dieser Haftung eingetreten sind.

Das Pfandrecht des Unternehmers an Forderungen aus dem Vertrag gemäß § 647 wird man ebensowenig als dem Wesen des Gesellschaftsvertrags entsprechend anzusehen haben wie dasjenige des Grundstücksvermieters.

Ist eine Werklieferung Gegenstand der Beitragsleistung zum Gesellschaftsvertrag, so gilt ebenso wie bei § 651 unter Umständen das Recht der Gesellschaft mit entgeltlicher Sacheinlage quoad sortem, teilweise das der Gesellschaft mit Unternehmerbeitrag.

Hinsichtlich einer entgeltlichen Gesellschaft, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, werden entsprechend dem synallagmatischen Geschäftsbesorgungsdienst- und Werkvertrag die Regeln über den Auftrag entsprechende Anwendung finden, jedoch mit den Modifikationen, die sich aus der besonderen Natur des Gesellschaftsrechts ergeben[1].

Auch die Tätigkeit des Maklers kann Gegenstand des Gesellschaftsbeitrags sein. Hier handelt es sich aber, wie schon im allgemeinen Teil

[1] Vergl. hiezu unten § 29 der Arbeit.

angegeben, systematisch nur um einen Unterfall entweder des Werk- oder des Dienstvertrags.

Achter Unterabschnitt.

Unentgeltliche Geschäftserledigung als Beitrag.

§ 29.

Denkbar ist auch eine der Dienst- und der Werkgesellschaft entsprechende unentgeltliche Form der Gesellschaft, entsprechend dem Auftrag des BGB. In diesem Fall kommen die Vorschriften der §§ 662 ff. grundsätzlich analog zur Anwendung. Eine Ausnahme macht lediglich § 663 (Pflicht desjenigen, der zur Besorgung gewisser Geschäfte öffentlich bestellt ist, oder sich öffentlich erboten hat, dazu, bei Nichtannahme eines solchen Auftrags die Ablehnung dem Auftraggeber unverzüglich anzuzeigen). Denn diese Bestimmung paßt natürlich auf die besondere Interessenlage bei der Gesellschaft nicht.

Die Vorschriften des Auftrags über die Beendigung treten auch hier hinter dem Recht der Gesellschaft zurück; wohl aber wird die Bestimmung des § 674, nach dem der Auftrag zu Gunsten des Beauftragten im Regelfall als fortbestehend gilt, bis der Beauftragte von dem Erlöschen Kenntnis erlangt hat oder haben muß, grundsätzlich auch bei der Gesellschaft gelten, wobei wieder die Beschränkung der Haftung nach § 708 gilt.

Die Geschäftserledigung als Erfüllung der Beitragspflicht hat eine gewisse Ähnlichkeit mit der Geschäftsführung gemäß § 709 ff. BGB. Sie ist aber rechtlich scharf von dieser zu trennen. Denn bei dieser handelt es sich um eine Funktion des Gesellschafters in der Organisation der Gesellschaft, nicht um Beitragsleistung. Bei der Beitragsleistung liegt auch lediglich eine P f l i c h t des Gesellschafters vor, nicht ein R e c h t, während die Geschäftsführung nach § 709 ff. zugleich und sogar in erster Linie ein R e c h t der Gesellschafter darstellt. Aus der besonderen Beschaffenheit der Leistung beim Geschäftserledigungsbeitrag folgt also noch nicht die Anwendbarkeit der Bestimmungen der §§ 709 ff. Dies hindert natürlich nicht, daß dem Gesellschafter mit unentgeltlichem Geschäftsführungsbeitrag ebenso wie jedem andern Gesellschafter die Geschäftsführung nach § 709 ff. zustehen kann.

Neunter Unterabschnitt.

Entgeltliche und unentgeltliche Verwahrerleistung als Beitrag.

§ 30.

Es bleibt nun noch die dem Verwahrungsvertrag entsprechende Gesellschaftsform zu betrachten. In diesem Fall besteht jedenfalls der Beitrag des „Verwahrergesellschafters" in der Aufbewahrung einer ihm von der Gesamtheit der Gesellschafter übergebenen Sache. Der Beitrag kann

wieder entgeltlich oder unentgeltlich sein. Entgeltlichkeit gilt als vereinbart, wenn den Umständen nach nur entgeltliche Leistung zu erwarten ist (analog § 689). In diesem Fall hat dann der Verwahrergesellschafter an den materiellen Vorteilen der Gesellschaft — außer den personenrechtlichen — Teil. Die Beitragspflicht des Verwahrergesellschafters geht analog § 691 auf persönliche Verwahrung. Im übrigen gilt in diesen gewiß sehr seltenen Fällen das Verwahrungsrecht des BGB. analog, mit Ausnahme der Beendigungsvorschriften und der Bestimmungen über die Vergütung.

Auch für das „Hinterlegungsdarlehen" nach § 700 ist eine entsprechende Form bei der Gesellschaft zu finden.

Zehnter Unterabschnitt.

Die ungleichartige Mischgesellschaft.

§ 31.

Im allgemeinen Teil wurde festgestellt, daß die Mischbeiträge bei der Gesellschaft entweder sämtlich gleichartig sein können oder ungleichartig. Dies letzte wird der Regelfall sein. Die Frage nun, wie bei den ungleichartigen Gesellschaftsmischverträgen vorzugehen ist, wird im folgenden kurz zu behandeln sein.

Die Möglichkeit, allgemein hier geltende Rechtsnormen aufzustellen, ist aber naturgemäß eine äußerst beschränkte, da die unendlich große Fülle der vorkommenden Kombinationen irgend ein Eingehen auf Einzelheiten nicht möglich erscheinen läßt. Andererseits liegt aber das Problem, so kompliziert es scheint, hier unendlich viel einfacher als bei den gegenseitigen ungleichartigen Kombinationsverträgen. Der Grund hierfür ist in zwei Erscheinungen zu sehen.

Erstens sind die allgemeinen Regeln über die Gesellschaft viel reicher ausgebildet wie die über den gegenseitigen Vertrag; insbesondere bewirkt das einheitliche und für alle Gesellschaftsarten des BGB. geltende Endigungsrecht der § 723 ff. BGB. eine verhältnismäßig einfache Lösung vieler bei den gegenseitigen Kombinationsverträgen sehr schwieriger Probleme.

Zweitens besteht bei der Gesellschaft die Pflicht zur Leistung nicht an die andere Partei, sondern an die Gesamtheit. Dies bewirkt, daß die verschiedenartigen Rechtsnormen der Spezialtatbestände nicht so direkt zusammenstoßen wie bei den synallagmatischen Mischverträgen, sondern daß versöhnend das Medium der Gesamthand zwischen die Parteien tritt. Dies ruft nun eine weitgehende Isoliertheit der Leistungen von einander hervor, die zur Folge hat, daß die rechtliche Beurteilung der einzelnen Leistungen sich durch die andersartige „Gegenleistung" nicht modifiziert in dem Maße, wie dies bei den synallagmatischen Mischverträgen der Fall ist.

Bei den ungleichartigen Mischverträgen wird daher folgendermaßen vorzugehen sein: es sind durch analoge Anwendung der Normen des speziellen Teils des Schuldrechts auf die besondere Interessenlage der Gesellschaft zunächst die Sätze über die einzelnen Mischbeiträge zu suchen. In den meisten Fällen werden die gefundenen Sätze sich unabhängig nebeneinander anwenden lassen. Ist dies nicht der Fall, so liegt eine besonders gestaltete Interessenlage vor, die eine Abänderung der Rechtsnormen zeitigen muß. Darüber allgemeine Sätze aufzustellen, ist natürlich unmöglich, da in jedem konkreten Fall die Sachlage eine andere ist.

Zum Schluß des Kapitels und damit überhaupt der Arbeit soll nun noch folgender von Hoeniger[1] gebildete Fall einer ungleichartigen Mischgesellschaft kurz erörtert und versucht werden, die Fragen, die Hoeniger daran knüpft, zu beantworten.

„Ein Fuhrhalter, ein Wagenbauer und ein Kapitalist schließen einen Gesellschaftsvertrag zur Gründung eines Droschkenunternehmens. Der Fuhrhalter hat 20 gut eingefahrene Droschkenpferde der üblichen Art, der Wagenbauer 12 Wagen verschiedener und bestimmter Bauart und der Kapitalist einen Geldbeitrag von 10 000 Mark in die Gesellschaft eingebracht."

Nun ist eines der von dem Fuhrmann gestellten Pferde krank, hat aber keinen der in der Viehmängelverordnung aufgeführten Fehler. In diesem Fall ist nun zunächst festzustellen, daß die besondere Viehmängelgewähr auch bei der Gesellschaft gilt, daß also vom Verkäufergesellschafter nur für „Hauptmängel", die innerhalb der Gewährfristen hervortreten und die innerhalb zweier Tage nach Ende der Gewährfrist gerügt worden sind, gehaftet wird. Da es sich bei einem Droschkenpferd nicht um eine Gattungssache handelt, besteht analog § 480 eine Nachlieferungspflicht einer mangelfreien Sache, sofern die Rügefrist eingehalten ist.

Die Mängelrüge muß von den Gesellschaftern zusammen ausgehen: ist demnach jeder allein zu handeln berechtigt, und widerspricht einer der Gesellschafter der Rüge, so besteht diese nicht zu Recht. Der Fall kann allerdings u. U. so liegen, daß dem Widerspruch als gegen die guten Sitten verstoßend, die rechtliche Gültigkeit zu versagen ist. Möglicherweise kann auch ein vertragswidriges Verhalten des Gesellschafters in dem Widerspruch gesehen werden, was dann als „wichtiger Grund" nach § 723 zur Kündigung berechtigt.

---

[1] Hoeniger a. a. O. S. 48.

Hat ein Gesellschafter außer der Lieferung der Wagen auch die Besorgung aller notwendigen Reparaturen „als Beitrag" zu leisten, so hat er nach § 708 nur culpa in concreto zu vertreten.

Nun hat sich der Gesellschaft noch ein Grundstücksbesitzer angeschlossen, der als Beitragsleistung ein Grundstück mit darauf befindlichen Bauten der Gesellschaft zum Gebrauch überlassen hat. Wenn nun dann das Dach des Stallgebäudes durch Sturm beschädigt wird und der geschäftsführende Gesellschafter es sofort ausbessern läßt, so muß der „Vermietergesellschafter" für diese notwendigen Aufwendungen nach § 547 Ersatz leisten. Bei Gesundheitsschädlichkeit der dem Kutscher zur Verfügung gestellten Wohnung liegt ein „wichtiger Grund" nach § 723 vor, sodaß das außerordentliche Kündigungsrecht besteht. Kündigung nach § 544 kommt daneben nicht mehr in Betracht. Auch kann, wenn die Voraussetzungen im übrigen zutreffen, die Sachmängelhaftung in Betracht kommen. Das Kündigungsrecht nach § 723 besteht für jeden Gesellschafter selbständig. Demnach hat es keinen Einfluß auf das Kündigungsrecht des einen Gesellschafters, wenn auch alle andern die schlechte Beschaffenheit kannten. Ebenso ist zum Ausschluß der Mängelgewähr analog § 539 erforderlich, daß sämtliche Gesellschafter den Mangel beim Vertragsschluß kennen. Wenn dem Grundbesitzer an zwei aufeinanderfolgenden Terminen der auf ihn entfallende Anteil des Geschäftsgewinns nicht ausbezahlt wird, so kann er zwar nicht nach § 554 kündigen; bei fraudulosem Verhalten der anderen Gesellschafter kann aber ein nach § 723 wichtiger Grund vorliegen.

Ein gesetzliches Pfandrecht an den eingebrachten Sachen der Gesellschaft hat der Grundbesitzer für den rückständigen Gewinnanteil nicht. Bei einer Veräußerung des eingebrachten Grundstücks tritt der Erwerber ohne weiteres in die Gesellschaft ein; der Gesellschaftsvertrag, durch den sich der Grundbesitzer zur Überlassung des Grundstücks verpflichtet, wird, wenn er für längere Zeit als ein Jahr geschlossen ist, die schriftliche Form des § 566 benötigen.

Diese Beispiele dürften zeigen, daß die entwickelten Theorien praktisch auch gut durchführbar sind.

Lebenslauf.

Ich, Walter Meyer, bin am 16. Oktober 1901 in Stuttgart als Sohn des damaligen stellv. Bankdirektors, jetzigen Bankdirektors a. D. Leopold Meyer und seiner Ehefrau Helene, geb. Vellnagel, geboren; ich besuchte das Eberhard-Ludwigs-Gymnasium in Stuttgart, das ich im Sommer 1920 mit dem Zeugnis der Reife verließ; darauf widmete ich mich dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften, und zwar 3 Semester in Tübingen, 1 Semester in München, 2 Semester in Berlin und zum Schluß wieder 2 Semester in Tübingen, wo ich im Frühjahr 1925 die erste höhere Justizdienstprüfung bestand. Seither bin ich im Vorbereitungsdienst am Amtsgericht Stuttgart I beschäftigt.

Ich besitze die badische Staatsangehörigkeit durch Geburt und die württembergische durch Aufnahme.